Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB und Art. 85 EWG-Vertrag

Rüdiger Graf von Stosch

1969

THEMA

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB und Art. 85 EWG-Vertrag

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Rüdiger Graf von Stosch

München 1967

Referent: Prof. Dr. Steindorff

Korreferent: Prof. Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c., Rolf Dietz

Tag der mündlichen Prüfung: 19. 12. 67

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

UNI-Druck, 8 München 13

DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT IM RECHT DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN NACH § 1 GWB UND Art. 85 EWG-VERTRAG

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546019_0016

INHALTSÜBERSICHT

Seite

1. ABSCHNITT

EINLEITUNG 1

I. Herkunft und Begriff des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit 1

II. Das Verhältnismässigkeitsprinzip im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 3

A) Das Verhältnismässigkeitserfordernis als materielles Zulässigkeitskriterium von Wettbewerbsbeschränkungen 3

B) Das Geltungsproblem des Verhältnismässigkeitsprinzips im Wettbewerbsbeschränkungsrecht 5

1. Die Ableitung des Verhältnismässigkeitsprinzips aus der Zwecksetzung des Wettbewerbsbeschränkungsrechts 6

2. Die Einschränkung der Zweckgesichtspunkte aus Rechtssicherheitsgründen 8

a) Die Bindung von Behörden und Gerichten an Zulässigkeitstatbestände 8

b) Die Beachtlichkeit von Rechtssicherheitsprinzipien bei der Gesetzesauslegung 9

III. Umfang und Ziel der Untersuchung 11

2. ABSCHNITT

DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT IM DEUTSCHEN KARTELLRECHT 13

I. Inhalt und praktische Bedeutung des Verhältnismässigkeitserfordernisses im § 5 Abs. 2 und 3 GWB und das Bedürfnis nach seiner Anwendung auf weitere Fallgruppen 13

A) Das Verhältnismässigkeitsprinzip unter den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 GWB 13

Seite

B) Die Frage nach dem Verhältnismässigkeitserfordernis bei Fallgruppen anderer Freistellungstatbestände 18

1. Die Entscheidungen zu Rabattkartellen betreffend den Ausschluss letzten Wettbewerbs. 18

a) Die Entscheidungen zu den "Tapeten"- und "Öfen"-Kartellen. 18

b) Die Entscheidungen zu den Kartellen der Hersteller von "Handelsrohren" und "Fensterglas" 19

2. Die Argumentation des Bundeskartellamtes und das Verhältnismässigkeitserfordernis bei anderen Kartellarten 21

II. Dogmatische Untersuchung der Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips als materielles Kriterium der Zulässigkeit von Kartellen. 31

A) Gesetzessystematischer Überblick über die Kartellregelung des GWB als Grundlage der Untersuchung 31

1. Die Grundsatzregelung des § 1 GWB 31

2. Die Ausnahmen vom Grundsatzverbot des § 1 GWB 32

B) Das Verhältnismässigkeitserfordernis als Freistellungsvoraussetzung in den Ausnahmetatbeständen zum Kartellverbot 35

1. Das Verhältnismässigkeitserfordernis als ausdrücklich genannte Tatbestandsvoraussetzung 35

2. Das Verhältnismässigkeitserfordernis als inzident zu prüfende Tatbestandsvoraussetzung 36

Freistellung nach § 4 GWB
" " § 5a "
" " § 6 Abs. 1 "
" " § 6 " 2 "
" " § 7 "
" " § 8 " 1 "
" " § 8 " 2 "

C) Das Verhältnismässigkeitserfordernis als materielles Kriterium für die Missbrauchsaufsicht der Kartellbehörde 46

1. Abgrenzung des Missbrauchstatbestandes 47

Seite

2. Auslegung des Missbrauchskriteriums der "Sinn- und Zweckwidrigkeit" im Hinblick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz 49

a) Die Zwecksetzung der Kartellregelung des GWB und die sich hieraus ergebenden Aufgabenkreise der Missbrauchskontrolle 49

aa) Zwecke des Wettbewerbsschutzes des § 1 49

bb) Zwecke der Ausnahmeregelungen zu § 1 52

cc) Die Aufgabenkreise der Missbrauchsaufsicht im Hinblick auf die Zwecksetzung der Kartellregelung 53

b) Die Vereinbarkeit des Verhältnismässigkeitskriteriums mit den Prinzipien der Missbrauchsaufsicht in ihrer Aufgabe als Machtkontrolle 54

aa) Grundsätzliche Ablehnung eines Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Machtkontrolle 54

bb) Die Ausnahme für Wettbewerbsbeschränkungen durch tatsächliches Verhalten bei der Kartelldurchführung 58

c) Das Verhältnismässigkeitserfordernis als Missbrauchskriterium der Kontrolle des Entstehens von Machtpositionen durch Wettbewerbsbeschränkungen 59

aa) Der Freistellungsgrund als bei der Missbrauchskontrolle beachtlicher Zweck 59

bb) Der Schutz des freien Wettbewerbs als bei der Missbrauchskontrolle beachtlicher Zweck

- bei Kartellen nach §§ 2 - 8 59
- bei Kartellen innerhalb der Bereichsausnahmen 71

cc) Das angemessene Verhältnis zwischen Nutzeffekt und Wettbewerbsbeschränkung als entscheidendes Kriterium der Sinn- und Zweckwidrigkeit bezüglich beider Grössen 75

3. Einschränkungen der Geltung des Verhältnismässigkeitskriteriums im Missbrauchsverfahren aus Rechtssicherheitsgründen 76

a) Die Erlaubniskartelle 77

b) Die Nichterlaubniskartelle 82

Seite

III. Der Inhalt der Verhältnismässigkeitsprüfung 89

A) Die Wettbewerbsbeschränkung 89

1. Die Wettbewerbsbeschränkung unter den Beteiligten (Innenverhältnis) 91

2. Die Wettbewerbsbeschränkung am Markt (Aussenverhältnis) 92

a) Auswirkungen auf der Marktseite der an der Kartellierung Beteiligten 93

aa) Beeinträchtigungen der institutionellen Wirkungen des Wettbewerbs 93

bb) Beeinträchtigung der Aussenseiterinteressen 95

b) Auswirkungen auf der Marktgegenseite 97

aa) Interessenbeeinträchtigung der Marktpartner durch Ausnutzung der Marktstellung 97

bb) Mit der Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar verbundene Interessenbeeinträchtigungen 98

B) Der zur Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung dienende Nutzerfolg 101

1. Konditionen- und Rabattkartelle 102

2. Normen- und Typen- sowie Spezialisierungskartelle 103

3. Kartelle nach den Bereichsausnahmen 104

a) Verkehrsträger 105

b) Land-, Forst- und Fischwirtschaft 106

c) Kredit- und Versicherungswirtschaft und urheberrechtliche Verwaltungsunternehmen 106

d) Energieversorgungsunternehmen 108

C) Die Gegenüberstellung von Wettbewerbsbeschränkung und Nutzerfolg 108

1. Der Aufbau der Verhältnismässigkeitsprüfung 108

2. Charakterisierung der vergleichenden Abwägung 109

Seite

IV. Rechtsnatur und gerichtliche Nachprüfbarkeit des Verhältnismässigkeitskriteriums als Zulässigkeitsvoraussetzung von Wettbewerbsbeschränkungen 112

A) Das Verhältnismässigkeitskriterium als unbestimmter Rechtsbegriff 112

B) Die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Verhältnismässigkeitsentscheidungen der Kartellbehörde 112

1. Die Anwendbarkeit des § 70 Abs. 4 GWB auf unbestimmte Rechtsbegriffe 113

2. Würdigungen der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung als Bestandteil der Verhältnismässigkeitsprüfung 114

V. Die Verhältnismässigkeitsprüfung in der Praxis der Kartellbehörde 117

A) Die Prüfung des Verhältnismässigkeitserfordernisses als Voraussetzung eines Freistellungstatbestandes 118

B) Die Prüfung des Verhältnismässigkeitserfordernisses im Rahmen der Missbrauchskontrolle 119

1. Die kartellmässige Wettbewerbsbeschränkung 119

a) Die an die Erfüllung des Freistellungstatbestandes anknüpfende Vermutung der Verhältnismässigkeit 119

aa) Die Widerlegbarkeit der Vermutung 120

bb) Anhaltspunkte, die entgegen der Vermutung die Verhältnismässigkeitsprüfung eröffnen 123

b) Ablehnung der Möglichkeit von Vermutungen der Unverhältnismässigkeit 130

2. Die in Ausführung eines Kartells verursachte Wettbewerbsbeschränkung 133

3. ABSCHNITT

DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT IM WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGSRECHT DER EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTSGEMEINSCHAFT 135

I. Die Fragestellung nach dem Verhältnismässigkeitserfordernis in der Regelung des Art. 85 EWG-Vertrag 135

II. Die Auslegung des Art. 85 Abs. 3 im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Verhältnismässigkeitsabwägung 137

Seite

A) Die Versuche einer Ableitung des Verhältnismässigkeitsprinzips durch isolierende Betrachtung einzelner Formulierungen des Art. 85 Abs. 3 137

1. Der Versuch der Herleitung des Verhältnismässigkeitserfordernisses aus der Formulierung : "können für nicht anwendbar erklärt werden" 137

a) Unerheblichkeit der Frage, ob gebundene Kompetenz oder Rechtsfolgeermessen 137

b) Ablehnung der Ableitung einer Tatbestandsvoraussetzung aus der Formulierung "können" 139

2. Der Versuch der Herleitung des Verhältnismässigkeitserfordernisses aus dem Kriterium der angemessenen Beteiligung der Verbraucher 140

3. Der Versuch der Herleitung des Verhältnismässigkeitsprinzips aus dem Unerlässlichkeitskriterium 141

B) Die Ermittlung des Verhältnismässigkeitskriterium durch Auslegung der Regelung des Art. 85 Abs. 3 in ihrer Gesamtheit 143

1. Die Notwendigkeit des Verhältnismässigkeitskriteriums für die wirtschaftspolitische Zwecksetzung des Art. 85 143

a) Die Aufgabe des Art. 85 Abs. 3 : Überwindung eines Konfliktes von Schutzzwecken 143

aa) Zweck des Grundsatzverbotes des Art. 85 Abs. 1 : Schutz des Wettbewerbes 143

bb) Zweck der Ausnahmeregelung des Art. 85 Abs. 3 : Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen um bestimmter Nutzeffekte willen 145

b) Die Lösung der Aufgabe des Art. 85 Abs. 3 mittels der in ihm ausdrücklich vorgeschriebenen Einzelkriterien 146

2. Die Notwendigkeit des Verhältnismässigkeitskriteriums im Hinblick auf die ordnungspolitische Zwecksetzung der Wettbewerbsbeschränkungsregelung des Art. 85 Abs. 1 und 3 148

a) Das Wettbewerbsbeschränkungsrecht als Zuständigkeitsordnung 149

b) Die Wahrnehmung von Kompetenzen innerhalb dieser Zuständigkeitsordnung durch die Unternehmen 150

Seite

3. Die Frage der Einschränkung der Zweckmässigkeitsgesichtspunkte durch rechtspolitische Auslegungsgesichtspunkte 154

a) Die extensive Auslegung des Art. 85 Abs. 3 zugunsten wirtschaftspolitischer Zweckmässigkeitserwägungen 154

b) Die einschränkende Auslegung 154

III. Das Verfahren der Kommission bei der Verhältnismässigkeitsprüfung 159

A) Die Verhältnismässigkeitsprüfung bei Einzelgenehmigungen 159

1. Die Einschränkung der Genehmigungsmöglichkeiten als praktische Auswirkung des Verhältnismässigkeitskriteriums 159

2. Die Feststellung der Unverhältnismässigkeit durch die Kommission. 159

a) Die Vermutung der Verhältnismässigkeit als Mittel der Konzentration der Untersuchung auf schwerwiegende Fälle 159

b) Anhaltspunkte für die Unverhältnismässigkeitsprüfung 162

B) Die Verhältnismässigkeitsprüfung bei Gruppenfreistellungen 166

1. Erlass der Freistellungsverordnung 167

2. Kontrollmöglichkeiten für Einzelfälle 168

LITERATURVERZEICHNIS

Axster
Die Vorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, Kartellrundschau, Heft 8, Köln u.a., 1966

Bachof
Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 55, 97

Baruch
Zum Anwendungsbereich des GWB, WuW 61, 530

Baumbach-Hefermehl
Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München - Berlin, 1960

Bender
Verhältnismässigkeit und Vermeindbarkeit des Verwaltungshandels, NJW 55, 938
DVBL. 57, 275, Anmerkung zu OVG Lüneburg, Urteil vom 25.10.56

Benisch
Kumulation von Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 59, 765
Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 60, 842
Zur Missbrauchsprüfung bei der Anmeldung von Rabattkartellen, NJW 64, 907
Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965, DB, 1035

Benkendorff
Nochmals : Rechtskontrolle der Kartellbehörden durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB), WuW 58, 740

Biedenkopf
Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957
Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958
Über das Verhältnis von wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht in Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm

Blaise
Le Statut Juridique des Ententes Economiques dans le Droit Français et le Droit des Communautés Européennes, Paris 1964

Boege
Missbrauch gemäss § 102 Abs. 2 GWB im Bereïch der Versicherungswirtschaft, Diss., München,1966

Bohnhorst
Der Missbrauchsbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Mainz, 1961

Borchardt-Fikentscher
Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957

Brugger
Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 59, 467

Carl
Der Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zu einem Kartell und auf Unterlassung eines Widerspruchs nach dem GWB, NJW 63, 2302

Christl
Missbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung, BB 60, 297

Deringer
WuW, Wettbewerbsrecht der EWG, Kommentar
Die Verordnung über Gruppenfreistellungen nach EWG-Kartellrecht, NJW 65, 1105

Dichgans
Zum Begriff des Missbrauchs im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, WuW 58, 659

v. Ditfurth
Möglichkeiten, Voraussetzungen und Grenzen bei Vereinbarungen zum Zweck der Rationalisierung unter der Geltung des GWB, DB 65, 207

Dörinkel
Streitfragen zum Rabattkartell, WuW 61, 233

Dormanns
Art. 65 MUV und das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Diss., 1961

Eckstein
Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen, Köln u.a. 1966

Erhard
Brief an Fritz Berg : Zehn Thesen zur Verteidigung der Verbotsgesetzgebung, WuW 51, 52

Fikentscher
Horizontale Wettbewerbsbeschränkung und Verträge mit Dritten, BB 56, 796

Fourré
Kartellkontrolle in Frankreich, AWD 63, 32

Fröhler
Europäisches Kartellrecht, Handwerksinstitut München e.V.,1962

v. Gamm
Das Kartellrecht im EWG-Bereich, Kartellrundschau, Heft 3, Köln u.a. 1961

Gleiss-Hirsch
EWG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl., Heidelberg 1965

Gleiss-Hootz
Bereichsausnahme für Versicherung und Missbrauchsverbot (§ 102 GWB), NJW 66, 864

Groeben/Boeckh
Kommentar zum EWG-Vertrag, Baden-Baden 1960

Günther
Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 57, 275
Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Heft 47 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe 1960
Preisbindungs- und Preisempfehlungsprobleme, MA 60, 420
Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages, WuW 63,191
Europäische und nationale Wettbewerbspolitik. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm

Gutzler
Die Änderung des GWB, BB 65, 918

v. Hahn
Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, BB 59, 1279

van den Heuvel
Some Unsolved Problems in Community Law Concerning Restrictive Trade Practices, CMLR 1966, 180

Hirsch
Kontrolle wirtschaftlicher Macht, Bern, 1958

Hoppmann
Exportkartelle und GWB, in "Exportkartell und Wettbewerb", Köln-Opladen 1964

Kaufmann, Rautmann u.a.
Frankfurter Kommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, Köln

Kirschstein
Die Verstärkung der vertikalen Preisbindung durch zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 59, 235

Kleemann
Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962

Knöpfle
Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln u.a. 1966

Koch
Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB, BB 59, 241

Korves
Möglichkeiten der Kartellbehörden bei unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere bei Konditionenkartellen, Diss., Münster 1966

Kraft
Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München - Berlin 1963

v. Krauß
Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, 1955

Krusche
Marktverhalten und Wettbewerb, 1961

Langen
Die Zulassung von Rationalisierungs- und Spezialisierungskartellen, WuW 60, 237
Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., 1967

Lerche
Übermass und Verfassungsrecht, 1961

Lukes
Der Kartellvertrag - Das Kartell als Vertrag mit Aussenwirkungen, München - Berlin 1959

Malzer
Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung, Essen 1966

Matthies
Das Recht der Kartelle und Zusammenschlüsse in der Montanunion, Luxemburg 1964

Mayer-Wegelin
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Wirtschaftskommentar, Frankfurt 1962

Menges
Zur Bedeutung des EWG-Wettbewerbsrechtes für zwischenbetriebliche Rationalisierungsvorhaben, WuW 63, 783

Müller-Gries-Giessler
Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Kartellgesetz, 2. Aufl., Frankfurt 1967

Müller-Henneberg·Schwartz
Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Köln u.a. 1964; sowie Nachtrag zur Novelle 1966

Müller-Henneberg
Zum Missbrauchsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 59, 139

Plaisant-Lassier
Die Berichte der Französischen Kartellkommission für die Jahre 1957 - 1959, AWD 62, 185

Rasch-Westrick
Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum Europäischen Kartellrecht, Berlin 1966

Rehbinder
Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, Baden-Baden 1965

Röpke
Wettbewerb II in "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften," 41. Lieferung

Ryziger
Le Contrat de Concession Exclusive de Vente, Face au Délit de Refus de Vente et à la Règlementation sur les Restrictions à la Concurrence dans le Marché Commun, Gazette du Palais, 1963-I-Doctrine, 12

Sarnighausen
Missbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Göttingen 1961

Schinkel
Die sachliche Abgrenzung des Marktes in § 22 GWB, Diss. Göttingen, 1962

Schüssler
Wann sind private Selbstbeschränkungsabkommen zulässig ? NJW 62, 2275

Schwenck
Der Marktbegriff, WuW 60, 3

Siebler
Wirtschaftstheorie, Wettbewerbspolitik und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Frankfurt 1966

Schwartz
Deutsches Internationales Kartellrecht, Köln u.a. 1962

Sölter
Die Ausnahmevorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, WuW 61, 665

Steindorff
Zweckmässigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1959
Das Antragsrecht im EWG-Kartellverfahren und seine prozessuale Durchsetzung, AWD 63, 353
Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1964

Strickrodt
Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 57, 76

Westermann
Interessenkollisionen und ihre rechtliche Wertung bei Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Heft 11 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe 1954

Willmanns
Die Gültigkeit von Kartellen nach Art. 85 EWG-Vertrag und der Verordnung Nr. 17 unter besonderer Berücksichtigung des Problems des internationalen Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen, Diss., Frankfurt 1963

Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung
Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag, Berlin und Frankfurt 1960

Würdinger
Freiheit der persönlichen Entfaltung - Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 53, 721

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Amtsbl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AWD	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
Baumbach-Hefermehl	Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl.
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BT	Deutscher Bundestag
Boege	Boege, Missbrauch gemäss § 102 Abs. 2 GWB im Bereich der Versicherungswirtschaft
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Frankfurter Kommentar	Kaufmann, Rautmann u.a., Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Gemeinschaftskommentar	Müller-Henneberg·Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Interessenabwägung	Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht
KG	Kammergericht
LKartB	Landeskartellbehörden
MA	Der Markenartikel
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
op.cit.	opus citatum

Rasch-Westrick	Rasch-Westrick; Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum Europäischen Kartellrecht
Sarnighausen	Sarnighausen, Missbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung in WuW
Zweckmässigkeit	Steindorff, Zweckmässigkeit im Wettbewerbsrecht

1. ABSCHNITT

EINLEITUNG

I. Herkunft und Begriff des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit findet seinen Hauptanwendungsbereich im Verwaltungsrecht und ist dort zuerst im Polizeirecht entwickelt worden. Er hat die Bedeutung eines Kriteriums für die Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit eines Eingriffes der öffentlichen Hand. Das Verhältnismässigkeitsgebot ist zum Teil verwaltungsgesetzlich ausdrücklich festgelegt, wie in den Polizeigesetzen der Länder - z.B. Bay PAG Art. 8 Abs. 2 - hat aber seine Geltung auch im gesamten übrigen Gebiet der Eingriffsverwaltung.[1] Daneben findet das Verhältnismässigkeitsprinzip aber auch im zivilrechtlichen Bereich Anwendung als Gesichtspunkt für die Rechtmässigkeitsprüfung bestimmter Handlungen Privater, wie z.B. nach §§ 228, 904 BGB.

Adressat des Verhältnismässigkeitsgebots ist jeweils derjenige, dessen Handlungen zur Bewertung stehen : im zivilrechtlichen Bereich das jeweils handelnde Privatrechtssubjekt, im verwaltungsrechtlichen Bereich die öffentliche Hand. Inhaltlich bedeutet der Verhältnismässigkeitsgrundsatz, dass der durch eine in Frage stehende Massnahme zu erwartende Schaden nicht unverhältnismässig gross sein darf im Ver-

---

1) BVerfGE 10, 103, 109, 117; 7, 377; 17, 306; BVerwGE 5, 52; Bender NJW 55, 938; zum Verhältnismässigkeitsprinzip allgemein : Lerche, Übermassverbot und Verfassungsrecht; v. Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, 1955

gleich zu dem Nutzen des beabsichtigten Erfolges. Es handelt sich also um eine Abwägung zwischen Schaden und Nutzen des jeweiligen Eingriffs.

Im verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch wird unter "Verhältnismässigkeitsgrundsatz" oder "Übermassverbot" weithin auch das Gebot der Anwendung des mildesten Mittels verstanden, das der Sache nach etwas völlig anderes als die Verhältnismässigkeitsabwägung im oben beschriebenen Sinne darstellt. Die Auswahl des mildesten Mittels ist Bestandteil des Notwendigkeitsgrundsatzes, nach dem für einen Verwaltungseingriff nur diejenige Massnahme in Frage kommt, die nach Art und Ausmass der Belastung der Betroffenen zum angestebten Zweck unumgänglich ist. Damit ist Maßstab für die Wahl des mildesten Mittels allein die Erforderlichkeit, so dass auch ein ganz minderwertiges öffentliches Interesse zu einem schweren Eingriff führen kann, ohne insoweit rechtswidrig zu sein. Es ist also dieses "Übermassverbot" zu unterscheiden von der Verhältnismässigkeitsprüfung "im eigentlichen Sinne" [1], die in einer Gegenüberstellung der schädlichen und nützlichen Effekte für die Betroffenen und damit in einer Interessenabwägung besteht. Während die Wahl des mildesten Mittels immer zu dem Ergebnis führt, dass eine, nämlich die geringstmögliche Massnahme ist, kann die Verhältnismässigkeitsabwägung durchaus zu dem Ergebnis führen, dass jegliche Massnahme zu unterbleiben hat, da auch die am wenigsten belastende noch mehr Schaden als Nutzen anrichten kann.

Die Reihenfolge, in der die einschlägigen Vorschriften die Erfordernisse der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit aufstellen - z.B. Art. 6, 8 Abs. 1 u. 2 Bay PAG, oder § 228 BGB - , gibt der Notwendigkeitsprüfung immer den ersten Platz, da die eigentliche Verhältnismässig-

---

1) Zum Unterschied zwischen "Übermassverbot" und Verhältnismässigkeitsprinzip im eigentlichen Sinne : v. Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, S. 14 bis 18; Bender in NJW 55, 938; DVBL 57, 275

keitsprüfung erst sinnvoll ist, wenn sich eine bestimmte Massnahme bereits als zur Zweckerreichung notwendig erwiesen hat. Die Notwendigkeit der Massnahme lässt sich damit als zusätzliches Definitionsmerkmal für den Verhältnismässigkeitsgrundsatz gewinnen ; das Verhältnismässigkeitsprinzip beinhaltet danach die Abwägung zwischen Schaden und Nutzen in Bezug auf eine notwendige Massnahme.[1] Um den Verhältnismässigkeitsgrundsatz in diesem Sinne geht es bei der vorliegenden Arbeit.

II. Das Verhältnismässigkeitsprinzip im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen

A) Das Verhältnismässigkeitserfordernis als materielles Zulässigkeitskriterium von Wettbewerbsbeschränkungen

Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, soweit es in den Verträgen der europäischen Gemeinschaften und im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt ist, befasst sich - abgesehen von der in Art. 67 EGKS-Vertrag, Art. 86 EWG-Vertrag und §§ 22 ff. GWB besonders geregelten Materie des Verhaltens von marktbeherrschenden Einzelunternehmen - in der Hauptsache mit Wettbewerbsbeschränkungen, die durch Zusammenwirken von mehreren Unternehmen entstehen. Es kann sich dabei um Zusammenwirken auf horizontaler Basis handeln, wie es für Kartelle typisch ist, oder um Wettbewerbsbeschränkungen, die durch Zusammenwirken von auf verschiedenen Wirtschaftsstufen stehenden Unternehmen entstehen.

Diese Wettbewerbsbeschränkungen unterliegen sowohl nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht, als auch nach dem GWB einer

1) Vergl. v. Krauss, op.cit.. S. 17

Kontrolle durch Behörden und Gerichte. Sie sind Gegenstand von Einwirkungen verschiedenster Art : Genehmigungen, Bedingungen, Verbote, Auflagen. Die jeweils zuständige Verwaltungsbehörde - die deutschen Landes- und Bundeskartellbehörden[1], die europäischen Exekutivbehörden[2] - unterliegt bezüglich ihrer Massnahmen den allgemeinen Grundsätzen rechtmässigen Verwaltungshandelns, die den Ländern der europäischen Gemeinschaften gemeinsam sind[3] und hat insofern auch die Grundsätze der Notwendigkeit und der Verhältnismässigkeit zu beachten. Diese zum verwaltungsrechtlichen Bereich gehörende Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auf Handlungen der Aufsichtsbehörden ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

Sie befasst sich mit der Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsgebots auf wettbewerbsbeschränkende Handlungen der Unternehmen. Es geht nicht um die Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips als allgemein verwaltungsrechtliches Kriterium der Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit eines Verwaltungseingriffs. Es soll vielmehr untersucht werden, wieweit der Verhältnismässigkeitsgrundsatz Zulässigkeitskriterium von wettbewerbsbeschränkenden Handlungen Privater ist. Es handelt sich also um die Frage nach einem Verhältnismässigkeitsgebot, dessen Adressaten Privatrechtssubjekte sind, wie es auch für die von §§ 228, 904 BGB erfassten Fälle zutrifft .

---

1) Dörinkel im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 12 Rdn. 20; Junge im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 46 Rdn. 16

2) EuGH IV, 159 Rs. 15/57, S. 194, 496; EuGH VI, 163 Rs. 31/59, S. 180, 624; EuGH VI, 965, Verb. Rs. 43/59, 45/59, 48/59 S. 989; EuGH VIII, Verb. Rs. 2, 3/60 S. 281; EuGH VIII, Verb. Rs. 5-11, 13-15/62, S. 927, 944.
Verw G Frankfurt/M. Urteile vom 12.12.1960, AWD 1967, S. 69.

3) Deringer, WuW, EWG Wettbewerbsrecht, Art. 85, Abs. 3 EWG-V. Rdn. 45

Die Zulässigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Handlungen ist Gegenstand der Beurteilung durch die zur Kontrolle und Aufsicht berufenen Behörden. Die Verhältnismässigkeit zwischen der Intensität eines wettbewerbsbeschränkenden Eingriffes von Unternehmen und dem zur Rechtfertigung seiner Zulässigkeit dienenden wirtschaftspolitisch nützlichen Erfolg zieht damit als Kriterium der materiellen Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkungen in den Kreis der Gesichtspunkte ein, die die Behörde bei dieser Beurteilung zu beachten hat. In diesem Sinne wird das Verhältnismässigkeitskriterium allerdings auch zur Voraussetzung von behördlichen Massnahmen . Wenn jedoch z.B. nach § 5 Abs. 2, 3 GWB die Kartellbehörde eine Erlaubnis nur nach Prüfung und Bejahung des angemessenen Verhältnisses zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierungserfolg erteilen darf bzw. sie bei Feststellung einer Unverhältnismässigkeit verneinen muss, so wird für die Behörden das Verhältnismässigkeitsprinzip auf diese Weise doch nur mittelbar relevant, unmittelbare Adressaten des Verhältnismässigkeitsgebots sind nur die Unternehmen.

B) Das Geltungsproblem des Verhältnismässigkeitsprinzips im Wettbewerbsbeschränkungsrecht

Im gesamten, oben umrissenen Bereich der gesetzlichen Regelung der Wettbewerbsbeschränkungen ist nur an einer Stelle das Erfordernis der Verhältnismässigkeit als Zulässigkeitsmerkmal von Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich aufgestellt : § 5 Abs. 2 u. 3 GWB fordert, dass die von ihm erfassten Wettbewerbsbeschränkungen in einem angemessenen Verhältnis zu dem damit verfolgten Rationalisierungserfolg stehen. Darüber hinaus wird vereinzelt auch für andere im GWB oder im EWG-Vertrag geregelte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips gefordert : Für Spezialisierungskartelle nach § 5a GWB nennt die Begründung der Bundesregierung

zum Entwurf vom 18.9.64 [1] eine Unverhältnismässigkeit zwischen Rationalisierungserfolg und der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung als Grund zum Einschreiten der Missbrauchsaufsicht. Im europäischen Bereich wird bei der Interpretation der Genehmigungsvoraussetzungen nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag und Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag die Frage nach der Zulässigkeit der Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgesichtspunktes weithin umstritten. [2]

Die Frage nach der Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips als Zulässigkeitskriterium für Wettbewerbsbeschränkungen stellt sich jedoch nicht nur in den Fällen, die von den eben genannten Vorschriften erfasst werden und bezüglich derer sie von der Literatur bereits aufgegriffen wurde, sondern sie stellt sich in grundsätzlicher Weise für den gesamten Bereich vereinbarter Wettbewerbsbeschränkungen.

1. Die Ableitung des Verhältnismässigkeitsprinzips aus der Zwecksetzung des Wettbewerbsbeschränkungsrechts

   Schutzobjekt des Wettbewerbsbeschränkungsrechts ist der freie Wettbewerb. [3] Damit konkurrieren verschiedene andere ebenfalls vom Gesetzgeber berücksichtigte wirtschaftspolitische Zielsetzungen, wie zum Beispiel Förderung von Rationalisierungsvorhaben nach §§ 5, 5a GWB, Art. 85 Abs. III EWG-Vertrag, Exportförderung nach § 6 GWB, Kapazitätsanpassung bei Absatzkrisen § 4 GWB etc. Das GWB wie auch das europäische Wettbewerbsbeschränkungsrecht setzen im Hinblick auf diese verschiedenen Ziele und Schutzobjekte ihre Verbote und Gestattungen von Wettbewerbsbeschränkungen. Zweck

---

1) s. Bundestagsdrucksache IV, 2564, S. 12; ebenso: Rasch-Westrick, Kommentar zum GWB 1966 Anm. 4 zu § 5a; Gutzler, BB 65, 918

2) Zum Meinungsstand unten S. 136 Anm. 1

3) Vergl. zur Zwecksetzung des Wettbewerbsbeschränkungsrechts im einzelnen: zum GWB unten S. 49 ; zum EWG-Vertrag unten S. 143

der Gestattungs- und Verbotstatbestände sowie der an sie anknüpfenden behördlichen Kontrolle - sei sie nachträglicher (Missbrauchsaufsicht) oder präventiver Art (Erlaubnisverfahren) - ist die Unterscheidung zwischen Wettbewerbsbeschränkungen, die gemessen an der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Gesetzgebers als nützlich zu beurteilen sind, und solchen, die sich unter demselben Blickwinkel als schädlich erweisen. Bei dieser Unterscheidung ist als Negativposten die mit jeder Wettbewerbsbeschränkung verbundene Beeinträchtigung des Schutzobjekts "Wettbewerbsordnung" einzubeziehen. Auf der anderen Seite steht derjenige konkurrierende Nutzzweck, der die Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall rechtfertigen soll. Die Lösung der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall mehr nützlich als schädlich ist, verlangt demnach eine Berücksichtigung und Abwägung von Ausmass und Intensität des Eingriffs in die Wettbewerbsordnung gegenüber dem seine Zulässigkeit rechtfertigenden wirtschaftspolitischen Nutzeffekt. Damit ergit sich als Ausgangspunkt der Untersuchung die Feststellung, dass die allgemeine Zwecksetzung des Wettbewerbsbeschränkungsrechts - nämlich Scheidung der nützlichen von den schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen nach Massgabe der wirtschaftspolitischen Zweckvorstellung des Gesetzgebers - die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips in Form einer Verhältnismässigkeit zwischen Ausmass und Intensität einer Wettbewerbsbeschränkung einerseits und ihren wirtschaftspolitisch nützlichen Wirkungen andererseits als Zulässigkeitsvoraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall erfordert.

Diesem Erfordernis entspricht das Beispiel der Praxis der französischen Kartellkommission (Commission Technique des Ententes), die bei der Beurteilung von Kartellen nach Art. 59b § 2 der Ordonnance Nr. 45 vom 30.6.1945 alle schädlichen und nützlichen Effekte eines Kartells in ihre Prüfung einbezieht. Sie berücksichtigt dabei auch die

Verhältnismässigkeit zwischen Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung und nützlichen Wirkungen[1] ohne, dass eine Verhältnismässigkeitsprüfung für sie ausdrücklich vorgeschrieben ist. Diese wird ohne weiteres aus der Aufgabe der Nützlichkeits-Schädlichkeitsabwägung abgeleitet.

2. Die Einschränkung der Zweckgesichtspunkte aus Rechtssicherheitsgründen

Diesem Ausgangspunkt der wirtschaftspolitischen Zwecksetzung als Grundlage des Erfordernisses einer Verhältnismässigkeitsabwägung in jedem Einzelfall, stehen als Gegenpol zwei Gesichtspunkte gegenüber, die beide auf Zwecke der Rechtssicherheit zurückzuführen sind.

a) Die Bindung von Behörden und Gerichten an Zulässigkeitstatbestände

Während die französische Kartellkommission sämtliche ihr erheblich erscheinenden Vor- und Nachteile eines Kartells in einer wirtschaftlichen "Bilanz" zusammenfassen und vergleichen kann, so dass sie innerhalb des ihr zustehenden breiten Untersuchungsspielraums ohne weiteres die sich aus der allgemeinen Zielsetzung ihrer Aufgabe ergebenden Gesichtspunkte und damit den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berücksichtigen kann, schreiben die Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag und die in noch wesentlich detaillierterer Weise gefassten Vorschriften des GWB die Voraussetzungen zur Beurteilung der in Frage kommenden Wettbewerbsbeschränkung im einzelnen vor. Die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen hängt von der Erfüllung bestimmter Tatbestände ab. Die in den jeweils

---

1) Blaise: Le Statut Juridique des Ententes Economiques, S. 394; Zur Praxis der französischen Kartellkommission: Fröhler, Europäisches Kartellrecht S. 54 Plaisant-Lassier, Die Berichte der französischen Kartellkommission für die Jahre 1957-1959 AWD des BB 62, 185; Plaisant, Revue du Marché Commun, Supplément au No. 16/59 S. 14; Fourré AWD des BB 63, 327.

zu berücksichtigenden Verbots-, Freistellungs- oder sonstigen Eingriffstatbeständen genannten Tatbestandsmerkmale lenken die Zulässigkeitsprüfung der Behörden oder Gerichte in wesentlich engere Bahnen als sie der französischen Kartellkommission offenstehen.[1] Die erste Einschränkung der Möglichkeiten, das Verhältnismässigkeitsprinzip zu berücksichtigen, ergibt sich also aus der Bindung von Behörden und Gerichten an bestimmte Tatbestände. Wo diese Tatbestände keinen Raum für Zweckmässigkeitserwägungen mehr lassen, weil der Gesetzgeber die Bewertung von Schaden und Nutzen eines Kartells bereits autoritativ festgelegt hat, kann das Verhältnismässigkeitsprinzip für die Kartellprüfung nicht noch zusätzlich beachtlich werden. Die vom Gesetzgeber vorgesehene Bindung an bestimmte Tatbestände ist das Resultat von Rechtssicherheitserwägungen bereits auf der gesetzgeberischen Ebene der Rechtsverwirklichung.[2] Ernst Hirsch sagt bezüglich des GWB sogar, die Kasuistik des Gesetzes stelle eines der gröbsten Misstrauensvoten dar, die den deutschen Richtern und Verwaltungsbeamten jemals von einem deutschen Parlament ausgesprochen worden seien.[3]

b) Die Beachtlichkeit von Rechtssicherheitsprinzipien bei der Gesetzesauslegung

Das Rechtssicherheitsprinzip und die sich aus ihm ergebenden Gesichtspunkte der Praktikabilität, sowie der Klarheit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung richten sich nicht nur an den Gesetzgeber, sondern auch an die Behörden und Gerichte, die diese Gesetze auszulegen haben.[4]

---

1) vergl. Steindorff AWD 1963, S. 362.

2) Zur Geltung des Rechtssicherheitsgebotes auch für den Gesetzgeber BVerfG, Urt. vom 30.5.56 NJW 56, 1025.

3) Hirsch, Kontrolle wirtschaftlicher Macht, S. 16.

4) BVerfG, Urt. vom 30.5.56 NJW 56, 1025; Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar 2. Aufl., Einführung VIII vor § 1.

Die Realisierung der wirtschaftspolitischen Ziele des Wettbewerbsbeschränkungsrechts in jedem Einzelfall durch Ermittlung sämtlicher erheblicher Tatsachen und durch genaue Abwägung aller einschlägigen Grössen führt angesichts der Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte und angesichts der Schwankungen, denen die Beurteilung im Laufe des Wirtschaftsgeschehens unterliegt, zu grossen Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Urteilsbildung, die mit den genannten Rechtssicherheitserfordernissen nicht vereinbar sind. Diese Unsicherheit entsteht im besonderen einmal bei der Feststellung und Beurteilung künftiger und hypothetischer Fakten, sodann bei Zweckmässigkeitserwägungen, die einen freien Beurteilungsspielraum bei der Zweckbestimmung und -abwägung enthalten.[1] Es ergibt sich also zunächst ein Gegensatz zwischen der Perfektion der Zweckverwirklichung im Einzelfall und der Berücksichtigung der Rechtssicherheit und Praktikabilität bei der Rechtsanwendung.[2] Dieser Gegensatz lässt sich überwinden, indem die entscheidungserheblichen Tatsachen und Erwägungen beschränkt werden. Diese Einschränkung führt zu einer generalisierenden Auslegung, die möglicherweise im Einzelfall der Interessenlage nicht gerechtwerden kann, die aber,weil sie bei typischen Ausgangslagen in der Regel zu sachentsprechenden Lösungen führt, in Kauf genommen werden muss.[3] Bezüglich des Verhältnismässigkeitserfordernisses stellt sich daher das Problem, wieweit seine Berücksichtigung bei der Auslegung der jeweiligen Beurteilungstatbestände auf Grund einer derartig generalisierenden Betrachtungsweise noch weiterhin einzuschränken ist.

---

1) Vergl. Steindorff, Zweckmässigkeit S. 52.

2) Steindorff, Zweckmässigkeit S. 63

3) Vergl. Steindorff, Zweckmässigkeit S. 34; Westermann, Interessenkollisionen und ihre rechtliche Wertung bei Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, S. 4; Boege, S. 84

Die Problematik der Geltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im Wettbewerbsbeschränkungsrecht bewegt sich also in einem Bereich, der sich zusammenfassend folgendermassen abstecken lässt :
Auf der einen Seite steht das sich aus der allgemeinen Zwecksetzung des Wettbewerbsbeschränkungsrechts ergebende Erfordernis der Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit zwischen dem Ausmass einer Wettbewerbsbeschränkung und ihrem Nutzen als Kriterium der Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Auf der anderen Seite steht einmal die Bindung von Gerichten und Behörden an bestimmte Tatbestände, deren einzelne Merkmale die Kriterien der Zulässigkeit zur Verfügung stellen, sowie weiterhin die sich bei der Auslegung dieser Vorschriften ergebende Notwendigkeit der Beschränkung der erheblichen Fakten und Zweckerwägungen aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit.

III. Umfang und Ziel der Untersuchung

A) Der Umfang der Untersuchung :

Die folgende Untersuchung wird sich bezüglich des GWB auf kartellmässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des § 1 GWB beschränken und bezüglich des europäischen Wettbewerbsbeschränkungsrechts auf Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 85 EWG-Vertrag.

Die Beschränkung auf die Kartellregelung des GWB ergibt sich im Hinblick auf die Parallelität zur Regelung des EWG-Vertrages aus Erwägungen der Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit der Untersuchung. In beiden Regelungen herrscht das Prinzip eines einheitlichen Grundsatzverbotes mit Ausnahmetatbeständen. Hier ist ein

Vorgehen mit einem Mindestmass an einheitlichen Untersuchungsgrundsätzen möglich, das bei einer Einbeziehung auch der Regelung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Individualverträge, wie sie in den §§ 15 - 21 GWB geregelt sind, nicht mehr durchführbar wäre.

Im europäischen Bereich wird auf die Einbeziehung der Kartellregelung des Art. 65 EGKS-Vertrages in die Untersuchung deshalb verzichtet, weil hier ein ähnliches Bedürfnis nach der Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips, wie bei Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag nicht besteht.[1)]

B) Das Ziel der Untersuchung :

In der vorliegenden Arbeit soll der Nachweis versucht werden, dass im Rahmen der Kartellregelung des GWB das Verhältnismässigkeitserfordernis als Zulässigkeitskriterium von Wettbewerbsbeschränkungen auch über die Fälle des § 5 Abs. 2, 3 GWB hinaus Geltung hat und insbesondere Bedeutung innerhalb der Missbrauchskontrolle findet, dass weiterhin die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei entsprechender Standardisierung des Verfahrens mit den Erfordernissen der Rechtssicherheit nicht kollidiert.

Weiterhin soll entsprechend auch für Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag gezeigt werden, dass das Verhältnismässigkeitserfordernis als ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung neben den ausdrücklich genannten Tatbestandsmerkmalen dieser Vorschrift zu beachten ist und dass auch hier durch entsprechende Einrichtung des Verfahrens die Anwendung des Verhältnismässigkeitskriteriums mit den Rechtssicherheitserfordernissen in Übereinstimmung gebracht werden kann.

---

1) hierzu unten S. 158 Anm. 8

2. ABSCHNITT

DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT IM DEUTSCHEN KARTELLRECHT

I. Inhalt und praktische Bedeutung des Verhältnismässigkeitserfordernisses im § 5 Abs. 2 und 3 GWB und das Bedürfnis nach seiner Anwendung auf weitere Fallgruppen

A) Das Verhältnismässigkeitsprinzip unter den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 GWB.

§ 5 Abs. 2 und 3 GWB[1] lässt Wettbewerbsbeschränkungen der in § 1 GWB umschriebenen Art der Form nach unbeschränkt zu, soweit folgende Voraussetzungen vorliegen :

Die Kartellierung muss der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorteile dienen und geeignet sein, mittels der Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern.

Diese Zwecksetzung in ihrer Gesamtheit wird in § 5 Abs. 2 Satz 2 und § 5 Abs. 3 Satz 2 als "Rationalisierungserfolg" bezeichnet. Der Rationalisierungserfolg stellt den vom Gesetzgeber als wirtschaftspolitisch nützlich erachteten Effekt dar, der die durch § 1 grundsätzlich verbotene Wettbewerbsbeschränkung recht-

1) Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind im folgenden immer solche des GWB

fertigen soll. Zu dieser Rechtfertigung genügt aber nicht eine Beziehung zwischen dem Mittel (der Wettbewerbsbeschränkung) und dem Zweck (Rationalisierungserfolg), die mit der Formulierung "dient" und "ist geeignet" hinreichend umschrieben ist, sondern die Beziehung hat sich durch folgende weitere Voraussetzungen zu qualifizieren : Der Rationalisierungserfolg darf nicht auf andere Weise erreicht werden können, § 5 Abs. 3 Satz 2.[1)]

Das Mittel der Wettbewerbsbeschränkung muss also nach Art und Ausmass zu dem angestrebten Erfolg notwendig sein. Weiterhin wird verlangt, dass dieser Rationalisierungserfolg zur Wettbewerbsbeschränkung in einem angemessenen Verhältnis steht. Damit ist eine Verhältnismässigkeitsabwägung im oben (S. 3) gekennzeichneten Sinn Zulässigkeitsvoraussetzung der Kartellierung. Die Nachteile eines für die Erreichung eines bestimmten Erfolges notwendigen Mittels dürfen die Vorteile des Erfolges nicht überwiegen.

Vorab lässt sich also die Stellung des Verhältnismässigkeitserfordernisses unter den übrigen Zulässigkeitsmerkmalen der Rationalisierungskartelle nach § 5 Abs. 2 und 3 umschreiben als eine wenn auch mit dem Erforderlichkeitsprinzip eng verbundene so doch darüber hinausgehende Qualifizierung der Beziehung zwischen dem Mittel einer Wettbewerbsbeschränkung und ihrem wirtschaftspolitisch erheblichen Nutzerfolg.

Der Zweck dieses Zulässigkeitsmerkmals lässt sich aus seinem Inhalt entnehmen : Die Prüfung des Verhältnisses zwischen der - vom Gesetzgeber grundsätzlich als schädlich betrachteten, vergl. § 1 - Wettbewerbs-

1) Das Notwendigkeitserfordernis ist zwar nur in § 5 Abs. 3 Satz 2 besonders erwähnt, gilt aber auch für die Regelung des § 5 Abs. 2, da bereits die Voraussetzung des angemessenen Verhältnisses beinhaltet, dass es sich um eine notwendige Wettbewerbsbeschränkung handelt. Vergl. Langen WuW 60, 248; Deringer im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 5 Rdn. 106

beschränkung und dem sie vom wirtschaftspolitischen Blickwinkel aus rechtfertigenden Rationalisierungserfolg bewirkt die Begrenzung der zulässigen Kartellierungen auf die "per saldo" wirtschaftspolitisch, d.h. vom Standpunkt der Gesamtwirtschaft aus[1] zumindest unschädlichen. Das Verhältnismässigkeitserfordernis ist also eigentliches und direktes Mittel zur Wahrung des wirtschaftspolitischen Nutzens.[2]

Das Zusatzerfordernis des Allgemeininteresses in § 5 Abs. 3 bedeutet nur die Anlegung eines strengeren Maßstabes an die Verhältnismässigkeitsprüfung durch eine Betonung der gesamtwirtschaftlichen Bezugnahme.[3]

Zur Erläuterung der praktischen Bedeutung des Verhältnismässigkeitsmerkmales für die Zulassung der Kartelle durch die Kartellbehörde lässt sich auf die Entscheidungen zu zwei Erlaubnisanträgen zurückgreifen :

Durch das mit Antrag vom 11.7.58 zur Genehmigung vorgelegte Kartellvorhaben der 13 deutschen Thomasphosphat herstellenden Hüttenwerke sollte nicht nur die gesamte deutsche Thomasphosphatproduktion zu einem einheitlichen Angebot durch eine gemeinsame Verkaufstelle zusammengefasst werden, sondern auch mittels Aufkauf sämtliche Importe

---

1) Vergl. Baumbach-Hefermehl, § 5 GWB Rdn. 13; Deringer, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl. § 5 Rdn. 76, 77

2) Vergl. zu den Motiven der Einfügung des Verhältnismässigkeitserfordernisses die Beratung des wirtschaftspolitischen Ausschusses vom 6.12.1955 : "... weil anderenfalls die Kartellbehörde wegen des gegebenen Rechtsanspruchs die Erlaubnis in jedem Fall zu erteilen gehabt hätte, und zwar auch dann, wenn der Rationalisierungserfolg nur minimale Bedeutung hat." Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 3644/1158

3) Vergl. Langen, GWB-Kommentar, § 5 Rdn. 52; BKartA, Beschl. vom 29.11.61, Südd. Zementwerke, WuW/E 423

dieser gemeinsamen Verkaufsstelle zugeführt werden, so dass der Wettbewerb auf dem Inlandsmarkt praktisch ausgeschlossen wurde. Sowohl das Bundeskartellamt als auch das Kammergericht gingen in ihren Entscheidungen[1] davon aus, dass ein fast vollständiger Wettbewerbsausschluss im Widerspruch zum grundsätzlichen Zweck des GWB stehe, einen möglichst wirksamen Wettbewerb am Markt zu erhalten, liessen es jedoch mit dieser Feststellung nicht als Begründung für eine Unzulässigkeitserklärung bewenden, sondern prüften anschliessend im Rahmen der Angemessenheitsuntersuchung, ob nicht dennoch auch diese weitestgehende Wettbewerbsbeschränkung durch einen ausreichenden Rationalisierungserfolg gerechtfertigt werde. Das Kammergericht bejahte dies im Gegensatz zum Bundeskartellamt.

Als über den genannten Fall hinausgehender Schluss für die praktische Bedeutung des Verhältnismässigkeitserfordernisses ergibt sich hieraus ein Doppeltes : Einerseits kommt es für die Verhältnismässigkeitsabwägung entscheidend auch auf das Ausmass der zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkung an. Andererseits führt aber völliger Wettbewerbsausschluss nicht "per se" zur Unzulässigkeit der Kartellierung, sondern bleibt einer Rechtfertigung durch einen entsprechenden wirtschaftspolitischen Nutzen zugänglich.

In seiner Entscheidung zum Spezialisierungskartell zweier Reisegesellschaften[2] geht das Bundeskartellamt davon aus, dass auch ein möglicherweise nur geringer Rationalisierungserfolg noch ausreiche, sofern zu seiner Erreichung eine Wettbewerbsbeschränkung geringen Ausmasses genüge.

---

1) BKartA, Beschluss vom 30. 6.1960, WuW/E 211
" " " 1.11.1961, WuW/E 389
KG, Beschluss vom 5.6.1963, WuW/E OLG 570

2) BKartA, Beschluss vom 17.5.1962, WuW/E 491

Auch bezüglich des wirtschaftspolitischen Nutzerfolges ergibt sich damit, dass keine Unzulässigkeit "per se" durch ein geringes Ausmass allein präjudiziert wird.[1)]

Zweck, inhaltliche und praktische Bedeutung des Verhältnismässigkeitserfordernisses in § 5 Abs. 2 und 3 lassen sich in folgenden Punkten zusammenfassen :

Das Verhältnismässigkeitserfordernis dient unmittelbar der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB.

Es stellt eine Qualifizierung der Beziehung zwischen dem Mittel einer Wettbewerbsbeschränkung und ihrem wirtschaftspolitisch erheblichem Nutzerfolg in Form einer Nutzen-Schadenabwägung dar.

Das Verhältnismässigkeitserfordernis macht sowohl das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung als auch das ihres Nutzerfolges für die Zulässigkeitsprüfung erheblich, jedoch dergestalt, dass auch im Extremfall bei vollkommenem Wettbewerbsausschluss oder minimalem Rationalisierungserfolg nicht schon die Betrachtung der einen Grösse allein zum Unzulässigkeitsurteil führen kann.

---

1) Soweit jeder Rationalisierungserfolg überhaupt entfällt, ist zwar immer auch Unverhältnismässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung gegeben, jedoch kommt es hier garnicht mehr zur Verhältnismässigkeitsprüfung, da in diesem Fall auch die vorher zu prüfenden Voraussetzungen des "Dienens", "Geeignetseins" und der Notwendigkeit entfallen.
Zu den Fällen des völligen Fehlens eines Nutzeffektes auch unten S. 132

B) Die Frage nach dem Verhältnismässigkeitserfordernis bei Fallgruppen anderer Freistellungstatbestände.

1. Die Entscheidungen zu Rabattkartellen betreffend den Ausschluss letzten Wettbewerbs.

a) Die Entscheidungen zu den "Tapeten"- und "Öfen"-Kartellen.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 29.4.1958 haben sich 35 deutsche Tapetenfabrikanten zur "Interessengemeinschaft der Deutschen Tapetenfabrikanten" zusammengeschlossen und gleichzeitig einstimmig ein Gesamtumsatzrabattverfahren beschlossen. Das Bundeskartellamt widersprach zunächst mit der Begründung, der Wettbewerb auf dem Tapetenmarkt werde über das Rabattkartell in einem Masse eingeschränkt, das über den durch § 3 GWB geschaffenen Rahmen der Wettbewerbsbeschränkung hinausgehe, weil die Tapetenfabrikanten und -händler mit Hilfe ihrer Verbände bereits weitgehende Wettbewerbsbeschränkungen mittels Kalkulationsabsprachen und Preisempfehlungen geschaffen hätten. Das Rabattkartell müsse also auf dem Hintergrund einer Marktlage, wie sie sich als Ergebnis eines durch horizontale Preisabsprachen und gleichzeitig übereinstimmende vertikale Preisbindungen straff durchkartellierten Marktes darstelle, gesehen werden, so dass es nur als weiteres Mittel zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs zu betrachten sei. Es stehe im Gegensatz zur Zielsetzung des § 3 : der Förderung der Markttransparenz und des Preiswettbewerbes.[1)]

---

1) Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.8.1958, WuW/E 11. In der Einspruchsentscheidung vom 14.4.1959 - WuW/E 31 - wurde der Widerspruch aufgehoben, da inzwischen die Interessengemeinschaft auf gemeinsame Kalkulationsabsprachen und Verbraucherpreisempfehlungen verzichtet hatte.

Neun deutsche Öfenhersteller schlossen sich am 6.1.1959 zur "Marktgemeinschaft Öfen" zusammen. Die Gemeinschaft erfasste bei Öfen für feste Brennstoffe einen Marktanteil von zusammen 81 %, bei Ölöfen einen Marktanteil von 84 %. Mit satzungsgemässem Beschluss vom 31.1.1960 führten die Mitglieder untereinander einheitliche Rabatte sowie einheitliche Konditionen ein. Das Bundeskartellamt erhob Widerspruch[1] mit der Begründung, es liege eine missbräuchliche Verbindung mehrerer Wettbewerbsbeschränkungen vor, und zwar eine Wettbewerbsbeschränkung horizontaler Art mit einer vertikalen Preisbindung durch die auch auf der Handelsstufe sämtlicher Wettbewerb ausgeschlossen werde, da unter den Herstellern ein Preiswettbewerb fehle. Eine derartige Erstarrung des Marktgefüges durch die Effektuierung eines nicht genehmigungsfähigen Preiskartells könne nicht zugelassen werden. Die Einspruchsentscheidung[2] hob den Widerspruch auf, da doch Preiswettbewerb unter den Herstellern vorhanden bleibe und daher der Wettbewerb nicht weitgehend und über längere Zeit hinweg vollkommen ausgeschlossen werde.

b) Die Entscheidungen zu den Kartellen der Hersteller von "Handelsrohren" und "Fensterglas".

10 Hersteller von Handelsrohren mit einem Marktanteil von zusammen 98 % haben am 8.10.1959 eine Vereinbarung über die Gewährung von Rabatten beim Absatz von Handelsrohren angemeldet. Das Bundeskartellamt[3] stellte fest, dass auf dem teiloligopolistisch strukturierten Markt für Handelsrohre es sich um einen Markt mit von der Nachfrageseite her als homogen angesehenen Gütern handele,

---

1) Beschluss vom 23.4.1959, WuW/E 41

2) Beschluss vom 24.2.1960, WuW/E 153

3) Beschluss vom 30.12.1959, WuW/E S. 119; bestätigt in der Einspruchsentscheidung : Beschluss vom 12.12.1962, WuW/E 538

bei denen sich aus den gleichförmig vorgenommenen Preisänderungen entnehmen liesse, dass der Preiswettbewerb fehle, dass dasselbe für den Konditions-, Qualitäts- und Servicewettbewerb gelte, und dass daher mit dem Rabattwettbewerb die einzige Möglichkeit wirksamen Wettbewerbs ausgeschlossen werde. Das Bundeskartellamt erhob Widerspruch und führte zur Begründung aus, dass einmal diese Wirkung des Ausschlusses letzten Wettbewerbs im Gegensatz zu der Zielsetzung des GWB stehe, nach dessen Grundkonzeption Beschränkungen des Wettbewerbs missbilligt und der Wettbewerb möglichst erhalten werden solle. Unter Verweis auf die Regelung der Erlaubniskartelle, mit deren Zulassung der Gesetzgeber konkrete positive wirtschaftspolitische Ziele verfolgt habe, wird weiterhin betont, dass auch bei den Konditionen- und Rabattkartellen der Zulassung eine Vorstellung über ein "Äquivalent" zugrundegelegen habe, nämlich die Förderung des Preiswettbewerbes und der Markttransparenz, Vorbeugung gegen Rabattschleuderei und Preisdiskriminierung, deren Verwirklichung bei der vollständigen Reglementierung des Röhrenabsatzes ausgeschlossen werde.

Parallel zu diesem Fall laufen die Entscheidungen zum Fensterglaskartell : 3 inländische Hersteller von Fensterglas gründeten mit Vertrag vom 13.10.1958 die "Interessengemeinschaft Deutscher Fensterglashütten" und fassten Beschlüsse über die Festlegung der Modalitäten und Beträge bei der Gewährung von Lager- und Umsatzprämien für Fensterglas und über die Gewährung von Umsatzprämien für Dickglas an Flachglasgrosshändler und -grossveredler. Das Bundeskartellamt begründete auch hier seinen Widerspruch[1)] mit dem Vorliegen eines Missbrauchs : auf dem Fenster- und Dickglasmarkt fehle jeder Preis-, Konditionen- und Servicewettbewerb zwischen den kartellierenden

---

1) Beschluss vom 7.3.1960, WuW/E 188

Parteien, es sei nur unerheblicher Aussenseiterwettbewerb vorhanden. Da es somit nur noch Rabattwettbewerb geben könne, werde mit Wirksamkeit des Kartellbeschlusses der letzte denkbare Wettbewerb auf dem Markt ausgeschlossen. Die Einspruchsentscheidung, das Beschwerdegericht und der BGH[1] betonten in ihren Begründungen, dass ein solch weitgehender Wettbewerbsausschluss der Zielsetzung des GWB, insbesondere dessen Regelung bezüglich Oligopolen, widerspreche und dass andererseits auch diejenigen Ziele des Gesetzgebers, die der Zulassung von Rabattkartellen zugrundelägen, vereitelt würden.

2. Die Argumentation des Bundeskartellamtes und das Verhältnismässigkeitserfordernis bei anderen Kartellarten.

Bei der Beurteilung der aufgeführten 4 Fälle hat das Bundeskartellamt - bzw. die Gerichte - jedesmal festgestellt, dass mit der vorliegenden Wettbewerbsbeschränkung das Mass dessen überschritten werde, was mit der Zulassung von Rabattkartellen erlaubt werden solle.

Das Tapeten- und Öfenkartell stellen Fälle der Kumulierung oder Kombination mehrerer Wettbewerbsbeschränkungen dar. Die Möglichkeiten der Fallgestaltung sind hier zahlreich. In diesem Zusammenhang lassen sich allerdings von vornherein die Fälle der Kombination von verbotenen mit erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen ausklammern, da sich hier die Möglichkeiten des Einschreitens der Behörden gegen die Kombination aus ihren Befugnissen zur Verhinderung verbotener

---

1) Einspruchsentscheidung: BKart.A, Beschluss vom 22.12.1960, WuW/E 281;
Beschwerdegericht : KG, Beschluss vom 4.5.1962, WuW/E OLG 469;
BGH, Beschluss vom 24.10.1963, WuW/E BGH 588
Das KG, an das die Sache zur weiteren Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse zurückverwiesen wurde, verneinte Missbrauch mit der Feststellung, dass tatsächlich doch noch wirksamer Wettbewerb vorhanden sei : KG, Beschluss vom 28.12.1966, BB 67, 183

Wettbewerbsbeschränkungen ergeben.[1] Die Kombination von Wettbewerbsbeschränkungen wird dort problematisch, wo mehrere für sich zulässige Wettbewerbsbeschränkungen miteinander verbunden werden. Bezüglich der vertikalen Preisbindung wurde unter anderem bei den Beratungen der Standpunkt vertreten, dass ihre Kombination mit anderen wettbewerbsbeschränkenden Vertikal- oder Horizontalverträgen generell unzulässig sein solle.[2] Eine derartige generelle Unzulässigkeitsregel ist jedoch nicht Gesetz geworden, und dementsprechend fasst das Bundeskartellamt solche Kombinationen auch nicht als schon "per se" unzulässig auf.[3] Es stellt vielmehr darauf ab, ob im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkungskombination über das Mass dessen hinausgeht, was mit der Zulassung der für sich einzeln genommenen Wettbewerbsbeschränkung durch das GWB erlaubt werden sollte".

Während in den Fällen der Kombination von Wettbewerbsbeschränkungen der Wettbewerb bereits durch gemeinschaftliche Aktionen der Beteiligten ausgeschlossen war, handelte es sich in den Fällen der "Handelsrohr"- und "Fensterglas"-rabattkartelle um Wettbewerbsbeschränkungen in einer Marktsituation, bei der aus tatsächlichen - mit der oligopolen Marktstruktur zusammenhängenden - Gründen der Wettbewerb in den anderen Wettbewerbselementen bereits

---

1) Vergl. Schwartz, Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, § 17, Rdn. 16; Christl, BB 60, 297; Günther, MA 60, 424. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob man die Kombination mit verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen als missbräuchlich ansieht, - so Kirschstein WuW 59, 237; Baumbach-Hefermehl, Anm. 11 zu § 17 GWB - oder ob man die Unzulässigkeit unmittelbar aus dem Verbotstatbestand herleitet.

2) Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik zu § 12 Nr. 2 des Entwurfs, BT-Drucksache 3644, 1058.

3) Vergl. BKartA, Beschluss vom 4.7.1962, "Kindernährmittel", WuW/E 497, Öfen II, Beschluss vom 24.2.1960, WuW/E 153

ausgeschlossen war. Auch hier stellt das Bundeskartellamt nicht etwa fest, dass eine Wettbewerbsbeschränkung in jedem Fall schon dann unzulässig ist, wenn sie mit irgendeiner Wettbewerbsbeschränkung tatsächlicher Art zusammentrifft, sondern es bezieht sich auf die Zielsetzung des GWB.

Eine genaue Benennung des sich aus dieser Zielsetzung ergebenden Kriteriums zur Bestimmung der Frage, wann im Einzelfall eine Wettbewerbsbeschränkung "über das Mass dessen hinausgeht", was mit ihrer Zulassung erlaubt werden sollte, lässt das Bundeskartellamt vermissen. Immerhin lassen sich zwei Bewertungselemente unterscheiden : Einmal wird die Zielsetzung des GWB bezüglich einer möglichst weiten Aufrechterhaltung des Wettbewerbs herausgestellt, zum anderen aber auch der positive wirtschaftspolitische Erfolg, der mit der Zulassung des jeweils in Frage stehenden Rabatt- bzw. Konditionenkartells bewirkt werden sollte. Damit ergibt sich als Ausgangspunkt der Zulässigkeitsbeurteilung des Bundeskartellamtes eine Bezugnahme auf die wirtschaftspolitische Gesamtzielsetzung der in Frage stehenden Freistellungsnorm. Bereits hier erhebt sich die Frage, aus welchem Grunde sich das Bundeskartellamt nicht des Verhältnismässigkeitsmaßstabes bedient hat. Wie oben festgestellt[1)], ist das Verhältnismässigkeitskriterium unmittelbares und eigentliches Mittel zur Realisierung der wirtschaftspolitischen Zwecksetzung des GWB. Es berücksichtigt beide Elemente, auf die auch die Entscheidungsbegründungen abstellen : Das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung und dasjenige des wirtschaftspolitischen Erfolges. Es setzt beide Grössen in die Beziehung der Gegenseitigkeit und wird so dem Mittel-Zweck-Verhältnis gerecht, das sie im Rahmen der Gesamtzielsetzung des GWB haben : Einschränkung des Wettbewerbs nur um des wirtschaftspolitischen Nutzerfolges willen.

---

1) Vergl. oben S. 15

Mit der Feststellung eines unverhältnismässigen Überwiegens der Wettbewerbsbeschränkung wäre auch notwendigerweise die Feststellung der Unvereinbarkeit der Kartellierung mit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB ausgesprochen worden.

In den angeführten Fällen lag ein besonderer Grund vor, der es dem Bundeskartellamt ermöglichte, ohne Betonung des Verhältnismässigkeitsgesichtspunktes die Unvereinbarkeit einer derart weitgehenden Wettbewerbsbeschränkung mit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung festzustellen. Bei Rabatt- und Konditionenkartellen beinhaltet ein sehr weitgehender oder vollständiger Wettbewerbsausschluss "automatisch" eine Vereitelung des Freistellungsnutzens, den das Bundeskartellamt vor allem in einer Verstärkung des Wettbewerbs an anderer Stelle, nämlich in einer Intensivierung des Hauptleistungswettbewerbs sieht. Mit Feststellung des Ausschlusses letzten Wettbewerbs durch das Rabattkartell war also auch in jedem Fall die Feststellung des Fehlens dieses wirtschaftspolitischen Nutzens verbunden. Die Unvereinbarkeit der Kartellierung mit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB stand so ohne weitere Verhältnismässigkeitsprüfung fest. Der Sache nach handelte es sich jedoch um einen Extremfall der Unverhältnismässigkeit : Ein völliger Ausschluss des Wettbewerbs gegenüber einem auf Null reduzierten Freistellungsnutzen.

Ein derartiger "automatischer" Zusammenhang zwischen Wettbewerbsausschluss und wirtschaftspolitischem Nutzen ist allerdings dort nicht gegeben, wo das Bundeskartellamt sich genötigt sieht, auf einen eventuellen Nutzen der Rabattkartellierung einzugehen, der nicht in einer Wettbewerbsintensivierung an anderer Stelle durch Förderung der Markt- und Preistransparenz liegt, sondern in der Vermeidung von Rabattschleuderei. Hier zeigen die Erörterungen

des Bundeskartellamtes auch deutlich, dass seiner Argumentation letztlich doch eine Unverhältnismässigkeitsfeststellung zugrundeliegt.[1] In der Einspruchsentscheidung zum Fensterglaskartell[2] heisst es, nachdem festgestellt wurde, dass durch Ausschluss letzten Wettbewerbs das Kartell nicht mehr den zum Motiv der Zulassung gehörenden Effekt der Förderung der Markt- und Preistransparenz haben könne, weiterhin : "Allein die Tatsache, dass mit einem solchen Rabattkartell in gewissem Umfang der Rabattschleuderei vorgebeugt werden kann, rechtfertigt seine Zulassung nicht. Diese Tatsachen können im Hinblick auf die einschneidenden Folgen eines Kartells, das zur Funktionsunfähigkeit des Marktmechanismus führt, nicht als ausreichend angesehen werden ..." Diese Gegenüberstellung der einschneidenden Folgen eines Kartells einerseits und des geringen Umfanges eines eventuellen Nutzens andererseits im Hinblick auf die Rechtfertigung der Zulassung stellt eine typische Verhältnismässigkeitsabwägung dar.

Dennoch hat das Bundeskartellamt in seinen Entscheidungen nicht, wie es um Missverständnissen zuvorzukommen notwendig gewesen wäre, herausgestellt, dass eigentliches Kriterium der Vereinbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung mit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB der Verhältnismässigkeitsmaßstab ist. Eine Stellungnahme hierzu wird aber in dem Moment unvermeidbar, wo Wettbewerbsbeschränkungen zur Beurteilung stehen, bei denen keine derartige unbedingte Koppelung zwischen Wettbewerbsausschluss und Vereitelung des Freistellungsnutzens besteht. Sie wird bei all den Fallgestaltungen notwendig, bei denen die Vereinbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung mit der wirtschaftspolitischen Ziel-

---

1) So auch Boege, S. 18, zu den Entscheidungen zu den Rabattkartellen, insbes. zum Beschluss des BGH vom 24.10.1963, Fensterglas IV, WuW/E 588

2) BKartA, Beschluss vom 22.12.1960, WuW/E 281 (286)

setzung des Gesetzes fraglich wird. Hier kommen vor allem Fälle besonders weitgehender Wettbewerbsbeschränkungen, oder aber Fälle besonders geringfügiger Nutzeffekte in Frage. Folgende Fallgestaltungen seien hier als Beispiele dargestellt :

a) Kartelle nach § 5 Abs. 1 GWB werden um der mit einer Normung und Typung verbundenen Vorteile zugelassen, die bei der Typung vor allem in der Senkung der Stückkosten durch Auflage grösserer Serien und einer Verringerung der Komplizierung des Planungs-, Arbeits- und Verwaltungsaufwandes besteht, die aber auch im übrigen sämtlich Rationalisierungscharakter haben.[1] Wettbewerbsbeschränkungen durch kollektive Typung betreffen im Wesentlichen den Qualitätswettbewerb zwischen den Kartellierenden. Das Ausmass dieser Beschränkung hängt einmal von der Zahl und der Bedeutung derjenigen Merkmale des Produktes ab, die der vertraglichen Regelung unterliegen, darüber hinaus von Bedeutung und Anzahl der betroffenen Wettbewerber und der Angebotssituation am Markt vor der Kartellierung. Damit ergibt sich die Möglichkeit folgender Fallgestaltung[2]: Die kartellierenden Wettbewerber beherrschen als Oligopolisten den Markt. Soweit zwischen ihnen Wettbewerb mit Hilfe der Produktdifferenzierung besteht, wird er durch die zwischenbetriebliche Typung ausgeschlossen. Gleichzeitig wird durch die erhöhte Gleichartigkeit der Produkte das ohnehin zwischen Oligopolisten vorhandene preispolitische Parallelverhalten unter den Anbietern erleichtert. Auf der einen Seite bewirkt also die Kartellierung einen sehr weitgehenden Wettbe-

---

1) Vergl. Deringer im Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, § 5 Rdn. 20; Eckstein, Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen, S. 22

2) Beispiel bei Eckstein, op.cit., S. 52 ff

werbsausschluss. Andererseits werden durch den Zusammenschluss nur geringe Rationalisierungserfolge erzielt; zwar sind auch bei oligopoler Marktstruktur ausreichende Rationalisierungseffekte möglich, wenn in der Ausgangslage die Hersteller die Güter in vergleichsweise kleinen Serien mit relativ vielen Ausführungsarten angeboten hätten; bei einer Fallgestaltung der bereits vorhandenen Herstellung grosser Serien besteht der Kartellierungseffekt jedoch grossenteils nur in der Wettbewerbsbeschränkung.

Eckstein beurteilt ein derartiges Kartell dahingehend, dass eine Unzulässigkeit (wegen Missbrauchs) sich einmal aus dem Kriterium des Ausschlusses letzten funktionsfähigen Wettbewerbs ergeben könne, weiterhin aber auch daraus, dass durch die Kartellierung keine oder im Vergleich zur Wettbewerbsbeschränkung nur geringe Rationalisierungserfolge erzielt werden.[1] Hier zeigt sich, dass die genannten Entscheidungsbegründungen des Bundeskartellamtes irreführend gewirkt haben. Sie verleiten prima vista zu der Annahme, der Ausschluss letzten Wettbewerbs sei schon "per se" ein Unzulässigkeitsgrund und stehe neben dem Verhältnismässigkeitserfordernis, sei also ohne Rücksicht auf den wirtschaftspolitischen Nutzerfolg schon ausreichend zur Ablehnung der Kartellierung. Diese Wirkung wäre zu vermeiden gewesen, wenn die Entscheidungsbegründungen zur Beurteilung des Wettbewerbsausschlusses nicht nur auf die Vereitelung des Nutzerfolges hingewiesen hätten, sondern darüber hinaus ausdrücklich betont hätten, dass es sich letztlich um die Vornahme einer Verhältnismässigkeitsabwägung handele.

---

1) Eckstein, op.cit. S. 54; den selben Schluss bezüglich einer Verselbständigung des Ausschlusses letzten Wettbewerbes als Missbrauchsmerkmal zieht Siebler, Wirtschaftstheorie, Wettbewerbspolitik und das GWB, S. 153 Diss., Frankfurt, 1966; ebenso auch Rasch-Westrick, § 12 GWB Rdn. 4

b) Bei Spezialisierungskartellen nach § 5a GWB ist zwar der Fall eines völligen Wettbewerbsausschlusses am Markt als Gefährdung der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Gesetzes nicht relevant, da in solchen Fällen bereits eine Grenze durch das Zulassungserfordernis des Bestehens wesentlichen Wettbewerbs am Markt gezogen ist. Andererseits ergibt sich die Möglichkeit eines Konfliktes mit den wirtschaftspolitischen Zielen, wenn der Spezialisierungserfolg auch eine Wettbewerbsbeschränkung nicht rechtfertigen kann, die unterhalb dieser Obergrenze liegt. Ein derartiges Missverhältnis ist möglich z.B. bei Spezialisierungen, die den Wettbewerb im Innenverhältnis zwischen den Beteiligten ausschliessen und einen nur unbedeutenden Rationalisierungserfolg zeitigen. Das Bundeskartellamt[1] hat eine Verbilligung der Produktion von Zementwerken durch Sortenspezialisierung als zu geringfügig angesehen, weil der Produktionsanteil der betroffenen Zementsorten im Vergleich zum Gesamtinlandsversand prozentual zu klein sei (1958 : 2,3 % für Eisenportlandzement, 2,8 % für Hochofenzement), um einen gemeinsamen Vertrieb für die gesamte Produktion zu rechtfertigen. Als Fälle der Unverhältnismässigkeit kommen hier ganz generell diejenigen Spezialisierungskartelle in Betracht, bei denen nach § 5 Abs. 2 GWB alter Fassung die Erlaubnis wegen mangelnder Angemessenheit des Verhältnisses zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung hätte verweigert werden müssen.

c) Die Problematik eines Konfliktes der Kartellierung mit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung auf Grund eines Missverhältnisses zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Nutzerfolg kann sich auch

---

1) BKartA, Beschluss vom 12.11.1962, Westfälische Zementwerke I, WuW/E 549

bei Kartellierungen im Rahmen der Bereichsausnahmen (§§ 99 Abs. 2 - 103) ergeben. Freistellungsgrund für Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Versorgungsunternehmen ist der Rationalisierungsgedanke. Den Entscheidungen zur "Zeitgleichen Summenmessung"[1] lag folgender Sachverhalt zugrunde : Die Kartellbehörde war gegen einen Gebietsschutzvertrag zwischen zwei Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität vorgegangen, auf Grund dessen sich eines der Unternehmen eine Monopolstellung geschaffen hatte, deren Missbrauch die Kartellbehörde darin sah, dass das Unternehmen den Vertrag nicht zur Sicherung und Verbilligung der Versorgung (Rationalisierungserfolg im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB) nutzte, sondern zu ihrer Verteuerung gegenüber den Abnehmern. Unabhängig davon, dass einmal die gewonnene Position zur Erlangung von Vorteilen benutzt wurde, die nicht mit ihr gewährt werden sollten, erhebt sich hier die Frage, ob ein Einschreiten der Behörde nicht schon deshalb geboten gewesen wäre, weil dem Wettbewerbsausschluss kein entsprechender Rationalisierungsnutzen gegenüberstand. Sofern nämlich die Wettbewerbsbeschränkung dem Verbraucher keinen oder nur einen geringen Nutzen brachte, konnte ihr Rationalisierungszweck sie nicht rechtfertigen. Die Tatsache, dass nicht nur kein Verbrauchernutzen, sondern sogar eine Preisverteuerung vorliegt stellt sich demgegenüber nur als zusätzliches Missbrauchselement dar. Auch bei einer Variierung der Fallgestaltung dahingehend, dass keine unzulässige Vorteilsziehung durch die Kartellierenden auf Grund der genannten Verteuerung vorliegt, müsste deshalb dementsprechend die Kartellierung unterbunden werden, weil der Wettbewerbsbeschränkung kein angemessener Rationalisierungsnutzen gegenübersteht.[2]

---

1) Verfügung des Ministeriums für Wirtschaft und Verkehr des Landes Rheinland-Pfalz vom 20.12.1961, WuW LKartB/E 56; OLG Koblenz Beschluss vom 21.6.1963 WuW/E OLG 612 ff; BGH, Beschluss vom 27.11.1964, WuW/E BGH 655

2) Vergl. Malzer, Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung, 1966, S. 85

Zusammenfassung :

Diese Beispiele zeigen, dass Konflikte von Kartellen mit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Gesetzes auf Grund eines Missverhältnisses zwischen wirtschaftspolitischem Nutzerfolg und Wettbewerbsbeschränkung in allen Bereichen der Kartellregelung des GWB möglich sind. Aus der Aufgabe der Realisierung wirtschaftspolitischer Gesetzeszwecke ergibt sich die Aufgabe der Lösung dieser Konflikte. Einheitliches Kriterium für die Lösung dieser Konflikte ist der Verhältnismässigkeitsgesichtspunkt. Daraus ergibt sich das Bedürfnis nach seiner Anwendbarkeit auch in diesen weiteren Fallgruppen, die nicht von § 5 Abs. 2 und 3 GWB erfasst werden.

II. Dogmatische Untersuchung der Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips als materielles Kriterium der Zulässigkeit von Kartellen.

Bisher wurde an Hand verschiedener Fallgestaltungen gezeigt, dass sich die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Beurteilung von Kartellarten, die nicht unter § 5 Abs. 2 und 3 fallen, als Forderung aus dem Zwecke der Realisierung der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB ergibt. Gesetzeszwecke sind als solche aber noch nicht geltendes Recht. Die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips erfordert daher eine dogmatische Untersuchung, die feststellt und begründet, im Rahmen welcher Vorschriften derartige Zweckmässigkeitserwägungen zugelassen werden und an welcher Stelle demnach das Verhältnismässigkeitserfordernis dogmatisch anzusiedeln ist.

A) Gesetzessystematischer Überblick über die Kartellregelung des GWB als Grundlage der Untersuchung.

1. Die Grundsatzregelung des § 1 GWB.

Grundsätzlicher Ausgangspunkt der Kartellregelung des GWB ist § 1, der den für das deutsche Wettbewerbsbeschränkungsrecht erheblichen Kartellbegriff tatbestandlich dahingehend umschreibt, dass unter Kartellen Verträge zu verstehen sind, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schliessen, sowie Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen. Aus dem Tatbestandserfordernis des gemeinsamen Zwecks, das in dem selben Sinne zu verstehen ist, wie bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach § 705 BGB, ergibt sich, dass parallel laufende wirtschaftliche Interessen zugrundeliegen müssen und dass es sich daher zumeist um Verträge und Beschlüsse zwischen Unternehmen handelt, die auf gleicher wirtschaftlicher Ebene stehen.

Die Kartellvereinbarungen als sogenannte "Horizontalverträge" unterscheiden sich dadurch von Wettbewerbsbeschränkungsverträgen vertikaler Art, bei denen zwischen Unternehmen zumeist verschiedener Wirtschaftsstufe (Erzeugung, Grosshandel, Einzelhandel) gegenläufige Interessen verfolgt werden, wie sie für Austauschverträge typisch sind.

Kartellvereinbarungen, als Horizontalverträge und -beschlüsse, die dieserart von den "Sonstigen Verträgen" abgegrenzt werden, und die "geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen", werden durch § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB für grundsätzlich unwirksam erklärt. Im Zusammenhang mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB betrachtet lässt sich diese Unwirksamkeitsregel als Grundsatzverbot von Kartellen auffassen.

2. Die Ausnahmen vom Grundsatzverbot des § 1 GWB.

Das grundsätzliche Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle gilt nur soweit nicht "in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist" (§ 1 Abs. 1 Satz 2 GWB). Die Kriterien der Zulässigkeit von Kartellen sind also in den Ausnahmebestimmungen zum Kartellverbot zu suchen.

Die Ermittlung der Zulässigkeit von Kartellen wird zunächst in Bezug auf die im GWB aufgestellten Freistellungstatbestände vorgenommen und zwar von den Kartellbehörden (§ 44 GWB), wenn es sich um Kartelle handelt, für deren Freistellung ein Ausnahmetatbestand einschlägig ist, der für die Zulassung nicht nur die Er-

füllung der materiellen Tatbestandsmerkmale fordert, sondern sie von einer Handlung der Kartellbehörde abhängig macht - so bei den Erlaubniskartellen nach §§ 4, 5 Abs. 2 u. 3, 6 Abs. 2, 7, 8 -, oder von einer Unterlassung bei Fristablauf - so bei den Widerspruchskartellen nach §§ 2, 3, 5a-. Soweit Ausnahmetatbestände einschlägig sind, deren Rechtsfolge unabhängig vom Verhalten der Kartellbehörde mit der Erfüllung der materiellen Tatbestandsmerkmale eintritt, fällt die Ermittlung der Zulässigkeit der Vereinbarungen und damit die Nachprüfung der Tatbestandserfüllung unmittelbar im Streitfall den Gerichten zu. Dies ist der Fall bei Kartellen, für die die §§ 5 Abs. 1 u. 4, 6 Abs. 1, 99 Abs. 2, 100 Abs. 1 u. 7, 102 Abs. 1, 102, 103 einschlägig sind. Die Zulässigkeit eines jeglichen Kartells hängt zunächst ab von der Erfüllung der Voraussetzungen der einschlägigen Freistellungstatbestände. Mit einer Zulässigkeitsermittlung, die nur im Hinblick auf den jeweils einschlägigen Freistellungstatbestand erfolgt, sind jedoch noch nicht sämliche materiellen Kartellzulassungskriterien berücksichtigt. Jedes dieserart vom Grundsatzverbot des § 1 freigestellte Kartell ist Gegenstand einer Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörde : §§ 11 Abs. 5 Nr. 2, 12 Abs. 1 Nr. 1, 102 Abs. 2, 102a Abs. 2, 104 Abs. 1 Nr. 1, auf Grund derer Auflagen, Beschränkungen oder Auflösung angeordnet werden können. Die Missbrauchskontrolle setzt die Erfüllung des Tatbestandes des § 1 voraus und findet ihre zentrale Aufgabe bei der Kontrolle von Kartellen, die insofern zulässig sind, als sie bereits einen Freistellungstatbestand erfüllen. Allerdings kann die Missbrauchskontrolle auch Kartellverträge ergreifen, die noch garnicht wirksam sind, und bei Vorliegen eines Missbrauchstatbestandes das Wirksamwerden verhindern. Dies ist ausdrücklich vorgesehen für Konditionenkartelle in § 2 Abs. 3 Satz 2, wo die Erfüllung des Missbrauchstatbestandes als Widerspruchsgrund genannt wird. Auch

bei anderen Widerspruchskartellen hat das Bundeskartellamt im Wege der sogenannten "antizipierten" Missbrauchsaufsicht die Erfüllung eines Missbrauchstatbestandes zum Anlass genommen, durch Widerspruch das Wirksamwerden eines Kartells zu verhindern.[1)] Während das Fehlen einer Voraussetzung des jeweiligen Freistellungstatbestandes ein Kartell ohneweiteres nach § 1 unwirksam und verboten sein lässt, hat das Fehlen von Voraussetzungen, deren Wahrung Aufgabe der Missbrauchskartelle ist, diese Wirkung nicht unmittelbar, sondern es bedarf erst einer konkreten Massnahme der Missbrauchsaufsicht. Diese Massnahmen können in der Auflage bestehen, den Missbrauch abzustellen, in der Anordnung, die Kartellverträge oder Beschlüsse abzuändern, oder in einer Unwirksamkeitserklärung. Bevor ein solcher Missbrauchseingriff der Kartellbehörde erfolgt, wird die volle Wirksamkeit eines Kartells nicht von dem Vorliegen eines Missbrauchstatbestandes berührt.

Abgesehen von dieser unterschiedlichen Auswirkung auf die jeweiligen Kartellvereinbarungen besteht jedoch kein grundsätzlicher Unterschied zwischen Missbrauchsmerkmalen und Freistellungstatbestandsvoraussetzungen. Dies zeigt sich besonders deutlich in den Fällen der antizipierten Missbrauchsaufsicht, wie sie das Bundeskartellamt zu den Rabattkartellen praktiziert hat. Die Vermeidung eines Missbrauchstatbestandes ist ebenso Voraussetzung der materiellen Zulässigkeit der Kartelle, wie die Vermeidung von Widerspruchsgründen des § 3 Abs. 3 Ziff. 1-3.

Daraus ergibt sich, dass die Gesamtheit der für die Zulässigkeit von Kartellen massgeblichen materiellen Kriterien sich nicht nur

---

1) s. unten S. 60 Anm. 1, 2

aus dem jeweiligen Freistellungstatbestand, sondern zuzüglich auch aus den Voraussetzungen eines Missbrauchseingriffes ermittelt. Mit der Erfüllung des jeweiligen Freistellungstatbestandes ist zunächst nur eine vorläufige Zulässigkeit gegeben,[1] mit der noch nichts Endgültiges über das Vorliegen der restlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen gesagt ist, die mit der Missbrauchsaufsicht nachgeprüft werden. Soweit im folgenden die Untersuchung der einzelnen Freistellungstatbestände ergibt, dass bestimmte Gesetzeszwecke und das von ihnen abhängige Verhältnismässigkeitskriterium nicht unter ihren Tatbestandsmerkmalen figurieren, heisst dies dann nicht, dass sie überhaupt nicht zu berücksichtigen sind, sondern zunächst nur, dass ihre Beachtlichkeit im Rahmen der Missbrauchskartelle zu prüfen ist.

B) Das Verhältnismässigkeitserfordernis als Freistellungsvoraussetzung in den Ausnahmetatbeständen zum Kartellverbot.

1. Das Verhältnismässigkeitserfordernis als ausdrücklich genannte Tatbestandsvoraussetzung.

In § 5 Abs. 2 u. 3 wird das Verhältnismässigkeitsprinzip als Freistellungsvoraussetzung ausdrücklich berücksichtigt : "Der Rationalisierungserfolg soll in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen."[2]

---

1) Sarnighausen (S. 6 7, 18) benutzt für diese Unterscheidung die Formulierung "formelle Zulässigkeit" (=Erfüllung eines Freistellungstatbestandes) und "materielle Zulässigkeit" (=Erfüllung auch der restlichen, von der Missbrauchsaufsicht kontrollierten Zulässigkeitsvoraussetzungen).

2) Zu Inhalt und praktischer Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmales: oben S. 13 ff.

2. Das Verhältnismässigkeitserfordernis als inzident zu prüfende Tatbestandsvoraussetzung.

Eine weitere ausdrückliche Benennung des Verhältnismässigkeitserfordernisses als Voraussetzung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in anderen Freistellungstatbeständen ist nicht erfolgt. Als Nächstes fragt es sich daher, ob das Verhältnismässigkeitskriterium inzident zu prüfende Voraussetzung von ausdrücklich aufgestellten Tatbestandsmerkmalen anderer Freistellungstatbestände ist. Soweit die einzelnen Freistellungstatbestände einen wirtschaftspolitischen Nutzen überhaupt nicht erwähnen, auf den hin eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen wäre, beantwortet sich diese Frage ohne weiteres negativ. Der wirtschaftspolitische Nutzeffekt ist als Tatbestandsmerkmal nicht zu prüfen bei den Freistellungsvorschriften der §§ 2, 3, 5 Abs. 1 u. 4 sowie bei den Bereichsausnahmen : §§ 99 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 u. Nr. 4; 100 Abs. 1, 3 u. 7, § 103 Abs. 1 Nr. 3. Für die Erfüllung dieser Ausnahmetatbestände und damit für die vorläufige Zulässigkeit eines ihnen unterfallenden Kartells kommt es daher auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung nicht an. Bezüglich dieser Kartellarten konzentriert sich die Untersuchung der Beachtlichkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips allein auf die Missbrauchsaufsicht. Es bleiben damit diejenigen Tatbestände im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit zwischen Wettbewerbsbeschränkung und wirtschaftspolitischen Nutzen zu untersuchen, die den wirtschaftspolitischen Nutzen als Voraussetzung der Freistellung ausdrücklich erwähnen:

Freistellung nach § 4 GWB :

Bei Strukturkrisen auf Grund eines "auf nachhaltiger Änderung der Nachfrage beruhenden Absatzrückganges" eröffnet § 4 die Möglichkeit der Wettbewerbsbeschränkung durch Kartellierung "wenn der

Vertrag oder Beschluss notwendig ist, um eine planmässige Anpassung der Kapazität an den Bedarf herbeizuführen". Damit wird zunächst die Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung für den anzustrebenden Erfolg der planmässigen Anpassung der Kapazität an den Bedarf als Voraussetzung der erlaubnisfähigen Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt. Sonstige Einschränkungen der erlaubnisfähigen Arten von Wettbewerbsbeschränkungen fehlen bis auf das Korrektiv der "Berücksichtigung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl". "Gesamtwirtschaft" als der "Inbegriff aller sich in einer Volkswirtschaft abspielenden wirtschaftlichen Vorgänge" und "Gemeinwohl" als "Inbegriff auch aller nichtwirtschaftlichen Interessen der Allgemeinheit"[1] werden dort überhaupt nicht, oder jedenfalls nicht "besonders schwer"[2] beeinträchtigt, wo die Bedeutung des gesamten für die Kartellierung in Frage stehenden Wirtschaftszweiges, der von der Strukturkrise betroffen ist, derart geringfügig ist, dass eine quantitativ erhebliche Beeinträchtigung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl ausscheidet. Nicht das Mass der Auswirkungen auf einzelne Wirtschaftszweige und -stufen ist hier entscheidend, sondern der Umfang dieser Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft, der wiederum von der Bedeutung des betroffenen Wirtschaftszweiges, von der Art und Menge der betroffenen Produkte abhängt etc., so dass z.B. bei dem beantragten Schuhbeschlagkartell[3] eine spürbare Auswirkung auf die Gesamtwirtschaft sicher nicht zu erwarten gewesen wäre, wie intensiv die vorgesehene Wettbewerbsbeschränkung auch gewesen sein mag.[4] Wo ein Kartell aus diesem Grund gesamtwirtschaftlich nicht erheblich wird, kommt es auf ein

---

1) Vergl. Frankfurter Kommentar Tz. 63 zu § 4

2) Zum Begriff der Beeinträchtigung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl : Sölter, Gem. Kommentar 1. Aufl., § 4 Rdn. 3; Müller-Henneberg, Gem.Kommentar 2. Aufl., § 4 Rdn. 12

3) BKartA, Beschluss vom 14.12.1959 WuW/E 114

4) Vergl. Frankfurter Kommentar Tz. 63 zu § 4

angemessenes Verhältnis der Wettbewerbsbeschränkung zum Nutzerfolg nicht an.

Andererseits kann eine Unverhältnismässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu dem wirtschaftspolitischen Erfolg der planmässigen Kapazitätsanpassung von Bedeutung werden, wenn - z.B. auf Grund des volkswirtschaftlichen Gewichtes des betroffenen Wirtschaftszweiges - das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung Auswirkungen auf Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl hat. In solchen Fällen muss eine Verhältnismässigkeitsprüfung bei der Erlaubniserteilung stattfinden. Die Beeinträchtigung der Gesamtwirtschaft, zu deren Prinzipien neben anderen auch die Erhaltung des Wettbewerbs gehört, durch eine Wettbewerbsbeschränkung in gegebenem Ausmass muss kompensiert werden durch einen entsprechenden Nutzen, der in der Vermeidung schädlicher Effekte durch den planmässigen Abbau der überschüssigen Kapazitäten liegt.[1] Ist dieser Nutzen verhältnismässig unbedeutend, so liegt in der Unverhältnismässigkeit zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Nutzen ein Mangel der Berücksichtigung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl.

Die Freistellungsvoraussetzung der Berücksichtigung von "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl verlangt die Beachtung der Verhältnismässigkeit zwischen Wettbewerbsbeschränkung und wirtschaftspolitischem Erfolg also nur in diesen Fällen der gesamtwirtschaftlichen Relevanz der Kartellierung.

Freistellung nach § 5a GWB :

§ 5a nennt als wirtschaftspolitisch nützlichen Erfolg der durch ihn freigestellten Spezialisierungskartelle die "Rationalisierung durch Spezialisierung", die diese Verträge zum Gegenstand haben müssen.

---

1) Vergl. Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 4 Rdn. 12

Auf die Prüfung der Geeignetheit, Notwendigkeit und Angemessenheit der betreffenden Kartelle zu diesem Zweck, wie sie unter der früheren Fassung des § 5 Abs. 2 auch für Spezialisierungskartelle erforderlich war, hat die neue Regelung verzichtet; eine Einschränkung der Zahl der in Frage kommenden Wettbewerbsbeschränkungen ergibt sich nur hinsichtlich des Erfordernisses, dass das Kartell einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Markt bestehen lassen muss. Die Verhältnismässigkeit zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierungserfolg ist also nicht zum Tatbestandsmerkmal des § 5a geworden.

Freistellung nach § 6 Abs. 1 GWB :

Der gemäss § 6 Abs. 1 mit der Wettbewerbsbeschränkung anzustrebende wirtschaftspolitische Erfolg ist die Sicherung und Förderung der Ausfuhr. Die als Mittel zu diesem Zweck zugelassenen Wettbewerbsbeschränkungen dürfen sich nur auf die Regelung des Wettbewerbs auf Märkten ausserhalb des Geltungsbereichs des GWB erstrecken.

Es ist strittig, ob § 6 Abs. 1 eine echte Freistellung vom Kartellverbot enthält, oder nur eine Konkretisierung und Bestätigung der Abgrenzungsregelung des § 98 Abs. 2 dahingehend, dass rein auslandsmarktbezogene Exportkartelle nicht von der materiellen GWB-Regelung erfasst werden sollen.[1)]

---

1) Für echte Freistellung : Müller-Henneberg, WuW 61, 309 ff; Baruch, WuW 61, 530. Diese Meinungen stellen ab auf die Veranlassung im Inland. Für eine spezielle Kollisionsnorm halten den § 6 Abs. 1 : Mayer-Wegelin, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 98 Rdn. 11, 12, § 6 Rdn. 6, 7; Schwarz, Deutsches Internationales Kartellrecht, 1962, S. 47; Rehbinder, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, S. 155 ff.

Eine genauere Erörterung dieser Problematik würde über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgehen. Vom Ergebnis des Meinungsstandes her lässt sich folgendes feststellen :

Soweit davon auszugehen ist, Exportkartelle im Sinne des § 6 Abs. 1 seien - als auf reine Auslandsmarktregelung begrenzte - nicht mit den materiellen Regeln des GWB zu erfassen, und ihre Anmeldung nur zum Zwecke der Kontrolle einer eventuellen Inlandsauswirkung nötig, entfällt eine Untersuchung weiterer Zulässigkeitsvoraussetzungen und damit auch die Frage nach der Verhältnismässigkeit.

Nicht nur nach den auf die Veranlassung im Inland abstellenden Meinungen, sondern auch nach dieser Kollisionsnormtheorie sind jedoch Fälle einer echten Freistellungsbedeutung des § 6 Abs. 1 möglich : Diejenigen Fälle nämlich, in denen Exportkartelle zwar keine Auswirkungen auf den Verkehr mit Waren und gewerblichen Leistungen im Inland nach § 6 Abs. 2 haben, wohl aber sonstige wettbewerbsbeschränkende Inlandswirkung zeigen durch Beeinträchtigung der inländischen Erzeugung .[1] In solchen Fällen werden sie vom territorialen Anwendungsbereich des GWB erfasst und unterliegen seiner materiellen Regelung. In diesem Bereich lässt sich daher die Frage nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip als materiellem Zulässigkeitskriterium auch für Kartelle nach § 6 Abs. 1 sinnvoll stellen.

Die derart in Frage kommenden Kartellverträge und -beschlüsse müssen der Sicherung und Förderung der Ausfuhr "dienen". Dies heisst zunächst einmal, dass die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung zu dem genannten Zweck geeignet und notwendig sein muss.[2] Als

---

1) Mayer-Wegelin, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 6 Rdn. 6, 7

2) Hoppmann, "Exportkartelle und GWB" in "Exportkartell und Wettbewerb" S. 97

weiteres Erfordernis für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "dienen" verlangt Hoppmann[1] die "Angemessenheit" des Kartellvertrages zu dem Zweck der Sicherung und Förderung der Ausfuhr. Er versteht darunter, dass die zu diesem Zwecke der "absatzwirtschaftlichen Rationalisierung" und "Verteidigung" notwendigen Wettbewerbsbeschränkungen keine Nachwirkungen über ein bestimmtes Mass hinaus haben dürfen, die die genannten volkswirtschaftlichen Zwecke illusorisch machen würden. Als solche unerwünschten Nebenwirkungen kommen in Frage Ausfuhrhemmungen bezüglich der nicht vom Kartell erfassten Erzeugnisse oder Wirkungen - auch Fernwirkungen - auf Grund der Interdependenz der Preise im Inland, z.B. durch eine Veränderung der Inlandsnachfrage der Kartellmitglieder nach Kostengütern. Derartige schädliche Nebenwirkungen auf die Aus- und Inlandsmärkte sollen die Vorteile des Kartells nicht überwiegen dürfen, da dieses dann nicht dem vom Gesetzgeber intendierten volkswirtschaftlich nützlichen Zweck dient. Damit wäre die Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitserfordernisses als im Begriff "dienen" impliziertes Tatbestandsmerkmal des § 6 Abs. 1 begründet, wenn das "Angemessenheitserfordernis" Hoppmanns mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im hier zugrundegelegten Sinne identisch wäre. Mit demAusdruck der "Angemessenheit", der der in § 5 Abs. 2 u. 3 benutzten Formulierung des Verhältnismässigkeitserfordernisses verwirrend ähnlich ist, wird jedoch der Sache nach etwas durchaus Verschiedenes bezeichnet : Das Verhältnismässigkeitserfordernis im hier untersuchten Sinne, wie es auch als Tatbestandsmerkmal in § 5 Abs. 2 u. 3 enthalten ist, verlangt nicht die Abwägung von nützlichen und schädlichen Kartellwirkungen zum Zweck der Feststellung, ob der vom Gesetz zugrundegelegte volkswirtschaftliche Nutzeffekt nicht vereitelt wird, sondern schliesst sich

---

1) Hoppmann op.cit. S. 98

erst an die Feststellung des Vorliegens dieses positiven Erfolges an. Die Fragestellung heisst also : Vorausgesetzt die Kartellierung ist für den erreichbaren volkswirtschaftlichen Nutzen notwendig - wobei die Feststellung des volkswirtschaftlichen Nutzens schon die Saldierung der negativen Nebenwirkungen von den erstrebten nützlichen Effekten enthält und damit "Angemessenheit" im Hoppmannschen Sinne bejaht ist - , ist dieser so umrissene Nutzen gross genug, um eine Wettbewerbsbeschränkung im vorliegenden Ausmass zu rechtfertigen ?Eine Verhältnismässigkeit in diesem Sinne wird also auch von Hoppmann nicht als Voraussetzung des Tatbestandmerkmals "dient" aufgefasst.

Freistellung nach § 6 Abs. 2 GWB :

Kartelle nach § 6 Abs. 2 richten sich auf denselben volkswirtschaftlichen Nutzen wie solche nach § 6 Abs. 1, nämlich auf die Sicherung und Förderung der Ausfuhr; § 6 Abs. 2 gibt darüberhinausgehend die Möglichkeit der Erlaubnis von Beschränkungen des Inlandswettbewerbes, soweit diese Regelung für die Auslandsregelung notwendig ist. Neben diesem Erfordernis der Notwendigkeit ergibt sich eine weitere tatbestandliche Einschränkung des Kreises der erlaubnisfähigen Inlandswettbewerbsbeschränkungen nach § 6 Abs. 3, von denen insbesondere das Erfordernis des § 6 Abs. 3 Nr. 2 als Grundlage einer Verhältnismässigkeitsnachprüfung in Frage kommt : § 6 Abs. 3 Nr. 2 verlangt, dass die Kartellierung nicht "zu einer wesentlichen Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes führen kann und das Interesse an der Erhaltung des Wettbewerbs überwiegt", in welchem Fall die Erlaubniserteilung zu verweigern wäre. Bei der Untersuchung der Frage, ob eine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs vorliegt, wird nur das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick auf den

betreffenden Markt untersucht ohne in ein Verhältnis zu ihrem wirtschaftspolitischen Nutzen gesetzt zu werden. Eine Abwägung zwischen dem Gewicht und Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung und dem wirtschaftspolitischen Nutzen kommt jedoch in Frage bei der Untersuchung, ob - wenn im gegebenen Fall eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt - das Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs überwiegt. So stellt das Bundeskartellamt im Beschluss vom 3.5.1960[1] das Interesse an der Erhaltung des Inlandswettbewerbs dem Interesse an der Sicherung und Förderung der Ausfuhr gegenüber und stellt fest, dass es dahingestellt bleiben kann, ob die Beschränkung des Wettbewerbes wesentlich sei, da das Ausfuhrinteresse auf jeden Fall den Vorrang habe. Diese Interessenabwägung erfasst das Verhältnis zwischen dem Gewicht des volkswirtschaftlichen Nutzeffektes und dem Ausmass der vorliegenden Wettbewerbsbeschränkung. Es handelt sich also der Sache nach um eine Verhältnismässigkeitsprüfung. § 6 Abs. 3 Nr. 2 verlangt sie aber nicht als in jedem Fall vorzunehmende Abwägung, sondern nur für den Fall, dass die Wettbewerbsbeschränkung als "wesentliche" zu beurteilen ist. Das Verhältnismässigkeitserfordernis ist also nur für diese Fälle bedeutenderer Wettbewerbsbeschränkungen gültiges Tatbestandsmerkmal der Freistellungsbestimmung des § 6 Abs. 2 u. 3 anzusehen.

Freistellung nach § 7 GWB :

§ 7 stellt keine Tatbestandsmerkmale auf, die an die zur Importregelung dienenden Wettbewerbsbeschränkungen im Vergleich zu § 6 Abs. 1,2,3 zusätzliche Anforderungen stellen. Es kann daher auf die Ausführungen zur Freistellung nach § 6 Abs. 1,2,3 verwiesen werden, insbesondere insofern als § 7 Abs. 2 auf die Er-

1) BKartA, WuW/E 197 "Hauer"

fordernisse des § 6 Abs.2 Satz 3 und Abs. 3 Bezug nimmt.

Freistellung nach § 8 Abs. 1 GWB :

§ 8 Abs. 1 fordert als wirtschaftspolitischen Grund, der die Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung durch Erlaubnis des Bundeswirtschaftsministers rechtfertigen soll, Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls. Die erlaubnisfähigen Wettbewerbsbeschränkungen müssen nicht nur notwendig sein zu diesem Zweck eines Vorteils für Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl, sie werden nur zugelassen, wenn es sich um überwiegende Gründe der Allgemeinheit handelt. Um festzustellen, wann die Vorteile der Allgemeinheit überwiegen, bedarf es einer Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit an den Vorteilen, die ihr das in Frage stehende Kartell bringen kann, und den Beeinträchtigungen, die es für die Interessen der Allgemeinheit bringt. Zu den Grundsätzen, deren Befolgung im Interesse der Allgemeinheit liegt, und deren Einschränkung daher auf der Negativseite der genannten Abwägung zu buchen ist, gehört die Erhaltung des Wettbewerbs.[1)]

Es muss also das Interesse der Allgemeinheit an der Erreichung bestimmter Vorteile durch die Kartellierung dem ebenso bestehenden Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen gegenübergestellt werden. "Ein ganz konkretes öffentliches Interesse muss das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs erheblich überwiegen."[2)] Für die Feststellung des öffentlichen Interesses an der Verhinderung der jeweils vorliegenden Wettbewerbsbeschränkung kommt es auf deren Ausmass bezüglich ihrer Auswirkungen unter den Kartellmit-

---

1) Sölter, Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., Anm. 8 zu § 4.

2) Bundesrat der 3. Legislaturperiode - BT Drucksache Nr. 1158 Anlage 2, Ziff. 3 zu § 5b.

gliedern und auf dem Markt an. Auf diese Weise beinhaltet die genannte Interessenabwägung die Prüfung zwischen Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung und dem Vorteil, den sie für die Allgemeinheit bringt.

§ 8 Abs. 1 enthält also das Verhältnismässigkeitserfordernis als Voraussetzung der Tatbestandserfüllung und zwar in sehr strikter Form. Schon dann ist ein Kartell nach § 8 Abs. 1 nicht erlaubnisfähig, wenn die Vorteile für die Allgemeinheit nicht überwiegen, während von Unverhältnismässigkeit in anderen Fällen, z.B. im Fall des § 5 Abs. 2 u. 3, erst bei übergrosser Wettbewerbsbeschränkung, d.h. bei Überwiegen der Negativseite gesprochen werden kann.

Freistellung nach § 8 Abs. 2 GWB :

Stellt man sich auf den Standpunkt der "Einheitstheorie", nach der die beiden ersten Absätze des § 8 einen einheitlichen Erlaubnistatbestand darstellen,[1] so ergibt sich die Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips für sämtliche Kartelle des § 8 aus dem Zusammenwirken der Tatbestandsmerkmale beider Absätze des § 8. Aber auch von der Theorie der "doppelten Erlaubnistatbestände"[2] her ergibt sich die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Überwiegens des Interesses an der Schutzwirkung der Kartellierung "für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges". Dies Erfordernis eines Interesses, das im Einzelfall das Prinzip des Kartellverbots überlagert - und damit auch das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet - ergibt sich aus der Bezugnahme auf Absatz 1 des § 8[3] und wird unterstrichen durch

---

1) so Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, 2. Aufl., § 8 Rdn. 6 ff; Schüßler, NJW 1962, 2277 ff.

2) Baumbach-Hefermehl, § 8 GWB, Rdn. lund 2; Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl, Rdn. 4, 5; Kartte, DB 1962, 1679.

3) "... die Erlaubnis nach Abs. 1 .." Vergl. Mayer-Wegelin, Wirtschaftskommentar, § 8 Rdn. 2.

das Erfordernis des besonders schwerwiegenden Einzelfalls, § 8 Abs. 2 Satz 3.

Dies Merkmal besagt, dass gegenüber dem ersten Absatz die Genehmigungsvoraussetzungen einem verschärften und nicht einem gemilderten Maßstab Rechnung tragen müssen.[1)]

Das Ergebnis der Untersuchung der Ausnahmetatbestände zu § 1 GWB lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass ausser dem in § 5 Abs. 2 u. 3 ausdrücklich genannten Tatbestandsmerkmal der Angemessenheit zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierungserfolg das Verhältnismässigkeitserfordernis als in jedem Fall erhebliche Tatbestandsvoraussetzung nur bei Freistellungen nach § 8 Abs. 2 besteht, während es bei Freistellungen nach §§ 4, 6 Abs. 2 u. 7 nur in bestimmten schwererwiegenden Fällen zu berücksichtigen ist. Bei allen übrigen Freistellungstatbeständen für Kartelle dagegen gehört es nicht zu den Tatbestandsmerkmalen.

C) Das Verhältnismässigkeitserfordernis als materielles Kriterium für die Missbrauchsaufsicht der Kartellbehörde.

Sämtliche Kartelle unterliegen ungeachtet der Verschiedenheit der Voraussetzungen ihrer Zulassungstatbestände nach dem GWB einer nachträglichen Kontrolle, die, so verschieden sie für verschiedene Kartellarten durch die einzelnen einschlägigen Vorschriften - §§ 11 Abs. 5 Nr. 2, 12 Abs. 1 Nr. 1, 102 Abs. 2, 102a Abs. 2, 104 Abs. 1 Nr. 1 - ausgestaltet ist, doch als für alle Kartellarten ein-

---

1) Rasch-Westrick § 8 Rdn. 4; zur Bedeutung des überwiegenden Interesses auch die Änderungsvorschläge des Bundesrates, Anlage 2 zu Bundestagsdrucksache 1158, Begründung zu § 5b des Entwurfs.

heitliche Eingriffsvoraussetzung den Tatbestand eines Missbrauchs der durch Freistellung von § 1 gewonnenen Stellung im Markt enthält.

Da sich also ergeben hat, dass ein grosser Teil der Zulassungstatbestände für Kartelle das Verhältnismässigkeitserfordernis nicht als Tatbestandsmerkmal enthält und daher auf der Ebene der "vorläufigen" Zulässigkeit das Verhältnismässigkeitserfordernis keine einheitlich zu beachtende Voraussetzung ist, so fragt es sich nun, ob das Verhältnismässigkeitserfordernis nicht ein Element des einheitlich bei allen Kartellen zu prüfenden Missbrauchstatbestandes darstellt und damit einheitlich zu beachtendes Kriterium der endgültigen materiellen Zulässigkeit auch der übrigen Kartelle ist.

1. Abgrenzung des Missbrauchstatbestandes.

Ausgangspunkt der Auslegung des Missbrauchstatbestandes ist seine Abgrenzung in positiver und negativer Hinsicht. Die Versuche zur Fixierung des Missbrauchsbegriffes im Wettbewerbsbeschränkungsrecht zielen in verschiedene Richtungen. Zum Teil wurde in Anlehnung an den Begriff des Monopolmissbrauchs und den von der Rechtsprechung zu § 826 BGB entwickelten Begriff des sittenwidrigen Missbrauchs einer formalen Rechtsstellung auch für den Missbrauch nach den GWB-Vorschriften Sittenwidrigkeit und Vorsatz gefordert.[1)]

Demgegenüber stehen das Bundeskartellamt, die Gerichte und die überwiegende Meinung in der Literatur auf dem Standpunkt, dass es

---

1) Dichgans, WuW 58, 659; v. Hahn, BB 59, 1279 ff; Frankfurter Kommentar Tz. 50 zu § 22 GWB.

für den Missbrauchsbegriff im GWB nicht auf einen Vorsatz ankommt und es sich um sittlich indifferentes Verhalten handelt.[1] Das entscheidende Argument gegen das Erfordernis der Sittenwidrigkeit als Missbrauchskriterium ergibt sich aus der Zielsetzung des GWB. Diese strebt an die Sicherung des freien Wettbewerbs als Voraussetzung einer Wettbewerbsordnung. Das GWB setzt sich also ein ordnungspolitisches Ziel, das seiner Natur nach mit ethischen Wertmaßstäben nicht bewältigt werden kann. Aus demselben Grund ergibt sich der Verzicht auf ein Schulderfordernis. Mit der ordnungspolitischen Aufgabe der Erhaltung und Herstellung der Ordnung auf dem Wettbewerbsmarkt ist die Konzeption einer Missbrauchsaufsicht, die mit Sühnetendenz nur schuldhaftes Verhalten zwecks Deliktsverhinderung erfassen kann, nicht vereinbar.[2]

---

1) BKartA : Beschluss vom 30.12.1959 (Röhrenhersteller I) WuW/E 119, Beschluss vom 1.11.1961 (Thomasphosphat II) WuW/E 389.

BGH : Urteil vom 24.10.1963 (Fensterglas IV) WuW/E 588, Beschluss vom 27.11.1964 (Zeitgleiche Summenmessung) WuW/E 655.

Kammergericht : Beschluss vom 4.5.1962 (Fensterglas III) WuW/E (OLG) 469 ff. Beschluss vom 10.7.1962 (Polyester-Lichtplatten) WuW/E (OLG) 478.

Literatur : Dörinkel, Gemeinschaftskommentar 2. Aufl., § 12 Rdn. 2; Christl BB 60, 297; Müller-Henneberg BB 59, 139; Mayer-Wegelin, GWB-Wirtschaftskommentar, Rdn. 7 zu § 11; Baumbach-Hefermehl, Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Rdn. 2 zu § 12 GWB; Bohnhorst, Der Missbrauchsbegriff im GWB, Mainzer Diss.; Sarnighausen, Missbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Göttinger Diss. S. 108 ff.

2) Zur Diskussion hierüber vergl. Sarnighausen, op.cit. S. 108
Müller-Henneberg, BB 59, 139

Eine weitere negative Abgrenzung des Missbrauchsbegriffs ergibt sich aus der Unterscheidung zwischen missbräuchlichem und verbotenem Handeln. Da wo ein Verhalten schon verboten ist, wo also die benutzte Position schon unzulässig ist, weil die Voraussetzungen einer Freistellung vom Kartellverbot nicht vorliegen, da kann ein Rechtsmissbrauch der durch "Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt nicht vorliegen".[1)]

Ist derart bestimmt, was nicht in den Missbrauchsbegriff gehört, so ergibt sich als entscheidendes positives Missbrauchskriterium die Sinn- und Zweckwidrigkeit des zu beurteilenden Verhaltens gemessen an den sich aus der Zielsetzung des GWB ergebenden Maßstäben.[2)] Die Definition des Missbrauchs, von der in der weiteren Untersuchung ausgegangen wird, ist also diejenige eines objektiv zu beurteilenden, sittlich indifferenten, im Hinblick auf einen Freistellungstatbestand zulässigen jedoch, nach den Maßstäben des GWB gemessen sinn- und zweckwidrigen Verhaltens.

2. Auslegung des Missbrauchskriteriums der "Sinn- und Zweckwidrigkeit" im Hinblick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

a) Die Zwecksetzung der Kartellregelung des GWB und die sich hieraus ergebenden Aufgabenkreise der Missbrauchskontrolle.

aa) Zwecke des Wettbewerbsschutzes des § 1.

Ausgangspunkt für die Ermittlung der Gesetzesziele und -zwecke, gegen die das auf Missbrauch zu untersuchende Kartellgebaren verstossen kann, ist die Grundsatznorm des § 1.

---

1) Vergl. Sarrighausen, op.cit., S. 67; Müller-Henneberg BB 59, 139; "Die missbrauchte Position darf an sich nicht rechtswidrig sein, das durch diese Position ermöglichte Verhalten muss aber nach einem übergeordneten Maßstab zu missbilligen sein."; Christl BB 60, 297;

2) so das Bundeskartellamt, die Gerichte und die herrschende Meinung in der Literatur, s. oben Anmerkung 1 S. 48

Aus dem Wortlauf des § 1 GWB ergibt sich, dass Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen. Verhindern von Wettbewerbsbeschränkungen heisst positiv formuliert : Schutz des Wettbewerbs. Der Wettbewerb ist also das unmittelbare Schutzobjekt des Kartellverbots. Er wird jedoch nicht um seiner selbst willen geschützt[1], sondern um bestimmter Auswirkungen willen. Die Auswirkungen, die vom Wettbewerb als einem Phänomen des Wirtschaftslebens erwartet werden, sind zunächst einmal solche wirtschaftlicher Natur. Der Regierungsentwurf zum GWB[2] spricht diese erwünschten wirtschaftlichen Auswirkungen an als Tendenzen des Wettbewerbs "zur Leistungssteigerung und zur bestmöglichen Versorgung der Verbraucher". Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Wettbewerb diese günstigen Auswirkungen durch seine Eigenschaft als Leistungsansporn und/oder in seiner Eigenschaft als Steuerungsinstrument der Wirtschaft wegen eines mit ihm verknüpften Marktautomatismus aufweist[3] oder wegen der "der Wahl- oder Ausweichmöglichkeit der Marktpartner entspringenden Erfordernisse, Risiken und Chancen",[4] da nach jeder dieser Betrachtungsweisen die günstigen

---

1) Vergl. Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 14 mit einem Zitat des amerikanischen Secretary of Commerce in einem Schreiben vom 18.12.1952 : "Competition is not an end in itself but a mean to an end. The basic job of our competitive system is to provide more and better goods and services for all of us consumers at prices we can afford to pay."

2) Begründung A I, Anlage 1 zur Bundestagsdrucksache 1158.

3) so Brugger, WuW 59, 476; Benisch, WuW 60, 843; Röpke, Wettbewerb II, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 41. Lieferung, Punkt 3 (3), S. 33; Erhard, Brief an Fritz Berg, WuW 51/52, S. 733.

4) Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 212.

wirtschaftlichen Auswirkungen sich bei der Bedarfsdeckung konkretisieren. Bezüglich dieser Förderung der Bedarfsdeckung fallen - zumindest in der Regel - die Individualinteressen der Nachfrager mit dem ökonomischen Gesamtinteresse an einer besseren Versorgung mit Gütern und Leistungen zusammen.[1] Für die weitergehende Zielsetzung ist es strittig, ob der Wettbewerb wegen dieser günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen a) nur zugunsten der Allgemeinheit[2] oder auch b) zugunsten der Individuen geschützt wird,[3] wobei hier wiederum fraglich ist, ob ein Rechts- oder Interessenschutz der Individuen besteht.[4] Auf diese Problematik ist hier nicht näher einzugehen. Für die Frage des Missbrauchs genügt es zunächst, festzustellen, dass einheitlicher unmittelbarer Zweck des § 1 der Schutz des freien Wettbewerbs ist.

---

1) Vergl. Knöpfle, op.cit. S. 150; zum Zusammenspiel des Einzelinteresses mit den Belangen der Allgemeinheit auch Kraft : Interessenabwägung, S. 195.

2) dieser Ansicht beispielsweise : Würdinger, WuW 1953, 721; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, Einführung IV vor § 1; Strickrodt WuW 1957, 75 ff.; Benisch, Gemeinschaftskommentar Rdn. 3 zu § 35, Frankfurter Kommentar § 35 Tz. 23; Müller-Gries GWB § 1 Rdn. 53 ff.

3) so Lukes, Der Kartellvertrag, S. 185 ff; Biedenkopf in Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechtes, S. 30; Günther WuW 64, 117; Fikentscher, BB 56, 793; Hefermehl, Rdn. 4 zu § 35 in Baumbach-Hefermehl

4) Vergl. Knöpfle, op.cit. S. 150 ff.

bb) Zwecke der Ausnahmeregelungen zu § 1

Die günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen des Wettbewerbs werden durch diesen nur in der Regel und nicht in allen Wirtschaftsbereichen erreicht, so dass in Fällen, die der Regel nicht entsprechen, ein Zusammenwirken der Wirtschaftssubjekte unter Ausschaltung des Wettbewerbs günstigere volkswirtschaftliche Wirkungen hervorruft. Der Gesetzgeber hat daher nicht den Wettbewerb als in keinem Fall antastbares Phänomen des Wirtschaftslebens aufgefasst, sondern Wettbewerbsbeschränkungen erlaubt zur Erreichung bestimmter, wirtschaftspolitisch als günstig erachteter Wirkungen und hat dementsprechend das Mass zulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf diese wirtschaftspolitischen Ziele "dosiert".[1] Damit beruht das GWB nicht ausschliesslich auf dem Prinzip des Wettbewerbs, sondern dient auch unmittelbar der Verwirklichung anderer materieller wirtschaftspolitischer Ziele, wobei der Ausdruck "wirtschaftspolitisch" weitgefasst zu verstehen ist und auch sozial- und finanzpolitische Gesichtspunkte umfasst.[2] Derartige materielle Ziele nennt das GWB teils ausdrücklich als Zulässigkeitsvoraussetzungen von Wettbewerbsbeschränkungen, Rationalisierungszwecke, Strukturkrisenbereinigung, Exportförderung etc., teils nennt es sie zwar nicht ausdrücklich, erlaubt bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen aber dennoch, weil sie bestimmte Nutzerfolge in der Regel erwarten lassen.[3]

---

1) Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 14; Knöpfle, op.cit., S. 213

2) Vergl. Hirsch, Kontrolle wirtschaftlicher Macht, S. 15

3) Hierzu genauer unten S. 101 ff.

cc) Die Aufgabenkreise der Missbrauchsaufsicht im Hinblick auf die Zwecksetzung der Kartellregelung.

Entsprechend der Unterscheidung zwischen dem primären Zweck des Wettbewerbsschutzes einerseits und weitergehenden wirtschaftspolitischen Zielen des GWB andererseits ergeben sich zwei Arten möglicher Missbrauchsaufsicht :

Die Missbrauchsaufsicht dient einmal dazu, Kontrolle dort auszuüben, wo auf Grund zugelassener Wettbewerbsbeschränkungen Marktmacht entstanden ist. Derartige Marktmacht soll nicht in einer Weise ausgenutzt werden können, die eben denjenigen Zielen widerspricht, um derentwillen sonst der Wettbewerb geschützt wird. Diese Art der Missbrauchskontrolle findet sich auch bezüglich der Marktmachtpositionen, die unabhängig von vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen entstanden sind, nach § 22 GWB.

Die zweite mögliche Art der Missbrauchskontrolle bezieht sich unmittelbar auf den Wettbewerbsschutzzweck selbst und nur indirekt auf die dahinter stehenden Gesetzeszwecke. Es wird bereits das Entstehen von Marktmachtpositionen durch Wettbewerbsbeschränkungen kontrolliert (zu dieser Unterscheidung der Aufgabenkreise der Missbrauchsaufsicht: Boege, S. 12). Ob und in welcher Weise eine Missbrauchskontrolle in diesem zweiten Bereich durchführbar ist, hängt davon ab, ob der Wettbewerbsschutz-Zweck innerhalb der Missbrauchskontrolle überhaupt berücksichtigt werden darf. Diese Frage wird im folgenden noch erörtert werden.[1)]

---

1) unten S. 66 ff.

b) Die Vereinbarkeit des Verhältnismässigkeitskriteriums mit den Prinzipien der Missbrauchsaufsicht in ihrer Aufgabe als Machtkontrolle

aa) Grundsätzliche Ablehnung eines Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Machtkontrolle.

Typische Fälle des Machtmissbrauchs liegen immer dann vor, wenn sich die Kartellbeteiligten Vorteile verschaffen wollen, die ihnen nach den Gründen einer Freistellung mit dieser nicht gewährt werden sollten, und die sie nur in Ausnutzung ihrer durch die Kartellierung begründeten Marktstellung erreichen können.[1] Das Gesetz greift derartige Fälle schädlicher Auswirkungen auf den Wirtschaftsablauf und gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigter abträglicher Marktfolgen tatbestandlich besonders heraus in § 3 Abs. 3 Nr. 2 und § 17 Abs. 1 Nr. 3. Die Machtkontrolle dient aber nicht nur den spezifisch wirtschaftspolitischen GWB-Zielen, sondern darüber hinaus auch dazu, Verstösse gegen ausserkartellgesetzliche Zwecke der Rechtsordnung zu verhindern.[2] Ohne dass eine nähere Bestimmung aller möglichen hier einzubeziehenden Werte und Zwecke vorgenommen werden soll, lassen sich diejenigen Rechtswerte, nach denen sich die Machtmissbrauchskontrolle auszurichten hat, zusammenfassend bezeichnen als Werte der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls.[3] Durch Einbeziehung

---

1) Mayer-Wegelin, GWB-Wirtschaftskommentar, § 11 Rdn. 7; BGH, Beschluss vom 27.11.1964, Zeitgleiche Summenmessung, WuW/E 657; Verfügung des Ministers für Wirtschaft und Verkehr des Landes Rheinland-Pfalz vom 20.12.1961, WuW/E LKartB 56; Verfügung des Wirtschaftsministers des Landes Hessen vom 17.6.1961 WuW LKart/E 33; OLG Koblenz, Beschluss vom 21.6.1963 WuW OLG/E 612 ff.; Dörinkel, Gem.Kom., 2. Aufl., § 104 Rdn. 10.

2) BKartA, Beschluss vom 6.7.1961, Armbanduhren II, WuW/E 373; Vergl. auch Korves, Möglichkeiten der Kartellbehörden bei unlauteren AGB, insbesondere bei Konditionenkartellen, S. 165.

3) so auch die frühere Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, §§ 4 - 10.

des Begriffs des Gemeinwohls wird klargestellt, dass auch unabhängig von rein wirtschaftlichen Auswirkungen die Machtentfaltung den Gesichtspunkten der Sozialordnung entsprechen muss.[1] Damit kommen als Missbrauchsverhalten auch Fälle des Kartellzwangs, Fälle von Diskriminierung und Boykott in Frage, die zum Teil in den §§ 25, 26 einer Sonderregelung unterzogen worden sind.

Für die Frage der Vereinbarkeit eines Verhältnismässigkeitskriteriums mit den Prinzipien der Machtmissbrauchskontrolle kommt es darauf an, ob Nachteile von Machtentfaltungen, die die genannten Zwecke und Werte beeinträchtigen, durch andere Vorteile kompensiert werden können, so dass derartiges Verhalten unter Umständen als nicht missbräuchlich zu bewerten wäre. Diese Möglichkeit wird von KORVES bejaht. Nach seiner Meinung sind nachteilige Folgen für Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl, die in Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung bewirkt werden, erst dann als Machtmissbrauch zu unterbinden, wenn sie nicht mehr durch die besonderen Vorteile, um derentwillen das Kartell zugelassen wird, kompensiert werden (Korves, "Möglichkeiten der Kartellbehörden bei unlauterer AGB, insbesondere bei Konditionenkartellen", S. 171 ff. insbesondere S. 178). Als Beispiel wird die Errichtung unlauterer Geschäftsbedingungen durch ein Konditionenkartell genannt : der positive Effekt von Konditionenkartellen - Förderung der Markttransparenz und Intensivierung des Hauptleistungswettbewerbs - werde auch mit einem durch die gemeinsame Aufstellung allgemeiner Geschäftsbedingungen geschaffenen Angebots- und Nachfrageschema mit unlauteren Klauseln erreicht.[2]

---

1) Bartholomeyczik im Gem.Kom., § 22 Rdn. 22 am Ende, 99; Rasch-Westrick, § 22 Rdn.25 ; Sarnighausen S. 51.

2) Korves, op.cit. S. 200

Eine Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgesichtspunktes in diesem von KORVES gekennzeichneten Sinne bei der Machtkontrolle, wäre dann zu vertreten, wenn die gesetzliche Regelung erkennen liesse, dass die Beeinträchtigung der gegen Machtmissbrauch geschützten Werte durch andere Vorteile kompensierbar wäre, wenn also das Gesetz derartige Nachteile des Kartellverhaltens um bestimmter Vorteile willen in Kauf nehmen wollte. Eine derartige Mittel-Zweck Beziehung[1] lässt sich erkennen bezüglich der Einschränkung des Wettbewerbsschutzprinzips in den Freistellungstatbeständen, in denen das GWB Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfolgung bestimmter Zwecke in Kauf nimmt. Die sich hier ergebende Frage nach einem Verhältnismässigkeitsprinzip gehört dem Bereich der Missbrauchsaufsicht in der Funktion der Kontrolle des Entstehens von Marktmacht durch Wettbewerbsbeschränkungen an; sie ist im folgenden eingehend zu erörtern.

Im Bereich des Machtmissbrauchs geht es jedoch in der Hauptsache um Verstösse gegen Grundsätze wirtschaftlicher oder sozialer Art, die nicht identisch mit dem Wettbewerbsschutzprinzip sind. Das GWB lässt an keiner Stelle erkennen, dass es bereit ist, unmittelbare - d.h. nicht notwendigerweise mit einer Wettbewerbsbeschränkung verbundene, sondern durch die Ausnutzung der mit ihr geschaffenen Marktstellung ermöglichte - Beeinträchtigungen dieser Werte der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls um bestimmter Vorteile willen in Kauf zu nehmen. Wenn KORVES die Unlauterkeit der Geschäftsbedingungen eines Konditionenkartells um der Vorteile der Konditionenvereinheitlichung willen zulassen will, so verkennt er, dass die Kartellvorteile nicht aus der Unlauterkeit der Geschäftsbe-

---

1) Vergl. zur Mittel-Zweck Beziehung als Voraussetzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes oben S.2, Hdie Erörterung der Beziehung zwischen Notwendigkeits- und Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

dingungen abzuleiten sind, sondern sich aus der blossen Tatsache der Vereinheitlichung ergeben, dass bezüglich der Unlauterkeit der Geschäftsbedingungen keine Mittel-Zweck Relation besteht, die ihre Zulassung rechtfertigen könnte. Die Möglichkeit, die vereinheitlichten Konditionen auch mit unlauteren Klauseln auszustatten, ist nicht Wesensbestandteil der eigentlichen Wettbewerbsbeschränkung, sondern erst dadurch bewirkte Folge. Ein Parallelbeispiel stellt der Fall des Missbrauchs wegen Forderns überhöhter Preise dar. Es ist nicht notwendiger Bestandteil einer Preiswettbewerbsbeschränkung, dass die Preise überhöht festgesetzt werden, vielmehr wird die Möglichkeit der Festsetzung nicht marktgerechter Preise den Kartellmitgliedern erst dadurch gegeben, dass sie nicht mit Wettbewerb zu rechnen brauchen.

Soweit es sich also um den spezifischen Machtmissbrauch handelt, entfällt grundsätzlich eine Verhältnismässigkeitsprüfung, da eine Kompensation der dadurch bewirkten Nachteile im GWB nicht vorgesehen ist. Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes unterstreicht dies : Wird festgestellt, dass Preise überhöht sind, die Freiwilligkeit des Kartellbeitritts beeinträchtigt wird oder ähnlicher Machtmissbrauch vorliegt, so erfolgt die Unzulässigkeitsentscheidung ohne weitere Hinweise auf ein Überwiegen dieser Nachteile.[1] Auch soweit das Gesetz durch besondere Eingriffstatbestände Fälle erfasst, die normalerweise in den Bereich des Machtmissbrauchs gehören, verlangt es keinerlei Verhältnismässigkeitsabwägung : §§ 3 Abs. 3 Nr. 2; 17 Abs. 1 Nr. 3.

---

1) BKartA : Beschluss vom 1.10.1958, Temperguss-Fittings, WuW/E 8 ff; Beschluss vom 17.9.1962, Rechtselbische Zementpreise I, WuW/E 508; Beschluss vom 10.4.1963, Rechtselbische Zementpreise II, WuW/E 656.

bb) Die Ausnahme für Wettbewerbsbeschränkungen durch tatsächliches Verhalten bei der Kartelldurchführung.

Dies Ergebnis der Verneinung eines Verhältnismässigkeitsprinzips im Rahmen der Machtmissbrauchskontrolle gilt allerdings nur grundsätzlich und bedarf einer Einschränkung :

Mit der Durchführung von Kartellen können unabhängig von der eigentlichen kartellmässigen Wettbewerbsbeschränkung weitere Einschränkungen des Wettbewerbs durch ein rein tatsächliches Verhalten bewirkt werden. Soweit ein derartiger Gebrauch der durch Kartellierung gewonnenen Marktmacht keinen anderen Wert der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls unmittelbar beeinträchtigt, als den des Wettbewerbsschutzes, kommen ebenfalls diejenigen Missbrauchskriterien zur Anwendung, die für die Beeinträchtigung des Wettbewerbsprinzips durch die kartellmässige Wettbewerbsbeschränkung gelten. Das Bundeskartellamt und das Kammergericht haben dementsprechend im Fall des Thomasphosphatsyndikats eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, die mit der Zusammenfassung des Inlandangebots durch Aufkauf der Importe bei der gemeinsamen Verkaufsstelle des Syndikats bewirkt wurde, danach beurteilt, wie es der betreffenden Sonderregelung bezüglich des Wettbewerbsschutzes entspricht. Es sind dies eben dieselben Maßstäbe, die an die eigentliche kartellmässige Wettbewerbsbeschränkung durch Bindung der Beteiligten angelegt wurden.[1] Diese Art des Kartellverhaltens ist infolgedessen miteinzubeziehen in die folgende Untersuchung über den Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Rahmen der Missbrauchskontrolle des Entstehens von Marktmacht durch Wettbewerbsbeschränkung.

---

1) BKartA, Beschluss vom 30.6.1960, WuW/E 211; Beschluss vom 1.11.1961, WuW/E 389; Kammergericht-Beschluss vom 5.5.1963, WuW/E OLG 570.

c) Das Verhältnismässigkeitserfordernis als Missbrauchskriterium der Kontrolle des Entstehens von Machtpositionen durch Wettbewerbsbeschränkungen.

Es wurde bereits festgestellt, dass das GWB die Beeinträchtigungen des Wettbewerbs hinnimmt um bestimmter Nutzerfolge willen. In demjenigen Bereich der Missbrauchsaufsicht, in dem das Entstehen von marktmächtigen Positionen durch Wettbewerbsbeschränkung kontrolliert wird, ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung daher nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil keine Mittel-Zweck Relation zwischen der Beeinträchtigung eines relevanten Gesetzesziels und der Verfolgung eines anderen Zieles besteht.

Für die Frage, ob die Verhältnismässigkeit bzw. Unverhältnismässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu ihrem Nutzerfolg zum Kriterium eines Missbrauchseingriffs werden kann, kommt es auf das Ergebnis der Untersuchung folgender Vorfragen an :

Auf die Frage nach der Zulässigkeit der Berücksichtigung der Freistellungszwecke im Missbrauchsverfahren,

die Frage nach der Zulässigkeit der Berücksichtigung des Wettbewerbsschutzprinzips im Missbrauchsverfahren,

und schliesslich auf die Frage, in welche Beziehung beide Grössen zu setzen sind.

aa) Der Freistellungsgrund als bei der Missbrauchskontrolle beachtlicher Zweck.

Ein Fehlen des Freistellungszwecks kommt als Missbrauchskriterium in den Fällen nicht in Betracht, wo ein Freistellungstatbestand bereits den zu erreichenden Erfolg benennt und als Tatbestandsmerkmal enthält. Insoweit ist das Kartell bereits durch § 1 GWB verboten.[1)]

---

1) s. oben S. 49

Anders verhält es sich jedoch bei den Kartellen, deren Zulässigkeit auf Freistellungstatbestände gestützt wird, die den zugrundegelegten wirtschaftspolitischen Erfolg nicht benennen. Hier ist das Fehlen des nützlichen Effektes nur mit der Missbrauchsaufsicht zu erfassen. Das Bundeskartellamt hat diesen Gesichtspunkt des Missbrauchs wegen Fehlens des die Kartellierung rechtfertigenden nützlichen Erfolges betont, indem es ausführt : "Soweit Ausnahmen von dem Grundsatz des § 1 durch die §§ 2 - 8 GWB zugelassen wurden, steht der durch die Lockerung des grundsätzlichen Kartellverbots hingenommenen Wettbewerbsbeschränkung ein Vorteil gegenüber, der bei völlig freiem Wettbewerb nicht oder nur schwer erreichbar wäre. In keinem Fall lässt das Gesetz eine Wettbewerbsbeschränkung um ihrer selbst willen zu, sondern nur dann, wenn sie zur Erreichung eines wirtschaftspolitisch wünschenswerten Erfolges unabdingbar ist.... Einem Rabattkartell, das den letzten noch möglichen Wettbewerb ausschaltet, steht nichts gegenüber, was als Äquivalent für die Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden könnte, wie etwa Milderung der Folgen einer Krise beim Strukturkrisenkartell oder Rationalisierungserfolg beim Syndikat."[1] Diese und ähnliche Entscheidungen des Bundeskartellamtes zu Rabattkartellen[2], die von den Gerichten[3] der rechtlichen Argumentation nach gestützt wurden, werden von verschiedenen Seiten her angegriffen. Soweit es auf den an dieser Stelle erheblichen Punkt ankommt, nämlich auf den Wegfall des der Wettbewerbsbeschränkung gegenüberstehenden

---

1) Bundeskartellamt, Beschluss vom 30.12.1959, Röhrenhersteller, WuW/E 119

2) Beschluss vom 4. 8.1958, Tapeten, WuW/E 11
" " 11.11.1960, Röhrendirekthändler, WuW/E 131
" " 27. 3.1960, Fensterglas I, WuW/E 188
" " 22.12.1960, Fensterglas II, WuW/E 281
" " 12.12.1962, Röhrenhersteller II, WuW/E 538

3) BGH, Beschluss vom 24.10.1963, Fensterglas IV, WuW/E 588
KG, Beschluss vom 4.5.1962, Fensterglas III, WuW/E (OLG) 469

Äquivalents, so wird gegen die Auffassung des Bundeskartellamtes zunächst einmal eingewandt, dass es die Zielsetzung des § 3 GWB verkannt habe,[1] die nicht in der Förderung der Markttransparenz, Vorbeugung vor Rabattschleuderei und Preisdiskriminierung usw. bestehe, sondern in der Schaffung einer Ordnung der Rabattverhältnisse, die von der des freien Wettbewerbs nach der Zielsetzung des § 1 abweiche, da ein scharfer Rabattwettbewerb oft in Widerspruch zum Leistungs- und Qualitätswettbewerb stehe, wie er im Interesse des Konsumenten liege. Diese Argumentation wendet sich nur gegen die Auffassung des Bundeskartellamtes und der Gerichte vom Inhalt des Rechtfertigungszwecks eines Rabattkartells, lässt jedoch den hier entscheidenden Gedanken unberührt, dass der Wegfall des Äquivalents, d.h. die Nichterreichbarkeit des zur Rechtfertigung des Kartells dienenden Erfolges, welcher er auch immer sei, gleichbedeutend mit Sinn- und Zweckwidrigkeit im Sinne des Missbrauchsbegriffs ist.

Gegen diese Missbrauchsdeutung argumentiert direkt allerdings Sarnighausen[2], der die Entscheidung des Bundeskartellamtes tragende Grundgedanke, eine Wettbewerbsbeschränkung müsse in jedem Fall durch ein Äquivalent gerechtfertigt sein, um nicht als Missbrauch zu erscheinen, werde in dieser allgemeinen Form dem Gesetz nicht gerecht. Auch wenn es die Vorstellung des Bundesrates[3] und des wirtschaftspolitischen Ausschusses[4] gewesen sei, dass Konditionen- und Rabattkartelle die Markttransparenz fördern können oder tatsächlich oft wettbewerbsfördernden Charakter hätten, so sei doch diese

---

1) Benisch, NJW 64, 908

2) Sarnighausen, op.cit., S. 66

3) Deutscher Bundestag, Drucks. 1158, Anl. 2, Begründung zu § 1a Entwurf.

4) Deutscher Bundestag, Drucks. 3644, § 16, Abg. Kurlbaum

Möglichkeit nicht zur notwendigen Voraussetzung der Gültigkeit solcher Absprachen gemacht worden. Die Interpretation des Bundeskartellamtes berücksichtige nicht, dass die Bestimmungen "echte Ausnahmen" vom Verbot der Wettbewerbsbeschränkung seien, mit denen der Gesetzgeber Einschränkungen der freien Konkurrenz in Kauf genommen habe, wie aus der Formulierung "§ 1 gilt nicht ... " eindeutig hervorgehe, das Gesetz würde letztlich doch nicht von § 1 abweichen, wenn das Argument des Bundeskartellamtes richtig wäre.

In der selben Richtung argumentiert Deringer[1] zur Frage, welche Kriterien bei der Missbrauchsaufsicht zu § 5a berücksichtigt werden können. Bestimmte Grundsätze lägen zwar allen Ausnahmefreistellungen zu § 1 zugrunde, wie z.B. der Grundsatz, dass Kartellvorteile auch der Allgemeinheit zugutekommen sollten. Die Prüfung, ob diese Voraussetzungen vorlägen, habe der Gesetzgeber zwar in § 5 Abs. 2, 3 der Kartellbehörde übertragen, bei anderen Vorschriften dagegen, die bestimmte näher begrenzte Kartellformen ausnahmen, wie die §§ 2, 3, 4, 5 Abs. 6, Abs. 1 und jetzt auch § 5a, habe der Gesetzgeber diese Prüfung jedoch selber vorgenommen und in den einzelnen Vorschriften festgelegt, bei welchen Voraussetzungen die genannten Grundsätze jeweils erfüllt seien. Daher dürfe die Nichtbeachtung im Missbrauchsverfahren nicht gerügt werden, der Gesetzgeber habe in § 5a "entschieden", dass bei Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen auch diese weiteren Kriterien zugrundelägen, und nicht nur eine widerlegbare Vermutung geschaffen.

Diese Argumentation Deringers sowohl wie Sarnighausens lässt den Grundgedanken des Bundeskartellamtes unberührt, dass eine Wett-

---

1) Deringer, Gemeinschaftskommentar, Nachtrag 1966, § 5a, Rdn. 29

bewerbsbeschränkung nicht grundlos, sondern immer nur im Hinblick auf einen bestimmten wirtschaftspolitischen Erfolg - ein "Äquivalent" - zugelassen wird. Die Argumentation geht jedoch dahin, dass vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich in den Freistellungstatbeständen genannte Kriterien auch nicht zu Voraussetzungen eines Missbrauchseingriffes gemacht werden dürfen, wenn sie auch aus der Zielsetzung des GWB abzuleiten sind.

Zunächst lässt sich feststellen, dass diese Auslegungsweise die gesetzgeberischen Intentionen bewusst ausser Acht lässt. Sie nimmt ganz erhebliche Diskrepanzen zwischen Gesetzeszwecken und Kartellwirklichkeit in Kauf. Darüber hinaus lässt sie sich aber auch dogmatisch nicht halten :

Die genannte Argumentation berührt die grundlegende Frage, wieweit Zweckmässigkeitserwägungen aus Gründen der Voraussehbarkeit und Klarheit der Rechtsanwendung durch eine Generalisierung der Fallbetrachtung abgeschnitten werden. Die Frage stellt sich hier dahingehend, ob die Generalisierung zwingenderweise an der Nahtstelle zwischen Einzelfreistellungstatbestand und Missbrauchskontrolle einzusetzen hat; ob also Zweckmässigkeitserwägungen ausschliesslich nur dort und nur in dem Ausmass angestellt werden dürfen, wo und wie der Einzelfreistellungstatbestand dies ausdrücklich vorschreibt; ob daher, soweit Zweckmässigkeitserwägungen nicht vorgeschrieben sind, die Erreichung des Gesetzeszwecks an Hand der Erfüllung der ausdrücklich vorgeschriebenen Tatbestandsmerkmale ein für alle Mal zu unterstellen ist und aus Rechtssicherheitsgründen bei der Missbrauchskontrolle nicht mehr in Frage gestellt werden darf. Bei Bejahung dieser Frage entfiele die Zulässigkeit der Berücksichtigung nicht nur der Erreichung des wirtschaftspolitischen Nutzeffektes einer Wettbewerbsbeschränkung, sondern auch

der gesamten Verhältnismässigkeitsprüfung. Die Untersuchung wäre an dieser Stelle zu beenden.

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen der Rolle der Einzelfreistellungstatbestände und der Aufgabe der Missbrauchskontrolle : Sollten bei der Missbrauchsaufsicht keine anderen Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein, als diejenigen, die bereits in den Freistellungstatbeständen erwähnt sind, so würde die Missbrauchsaufsicht sich darauf beschränken, deren nachträglichen Wegfall nachzuprüfen - eine Aufgabe, die ihr gerade nicht zufällt, wie sich aus der Fassung des § 11 Abs. 4 u. 5 ergibt, der einen Widerruf der Erlaubnis wegen wesentlicher Änderung der massgeblichen Verhältnisse in Kontrast zu einem Widerruf wegen Missbrauch der Freistellung setzt. Als Konsequenz daraus würde sich ergeben, dass jeder Unterschied zwischen verbotenem und missbräuchlichem Handeln entfällt, ein Unterschied, den gerade auch Sarnighausen als massgeblich herausstellt.[1] Wenn Deringer betont, der Gesetzgeber habe "entschieden", dass mit Vorliegen der ausdrücklich genannten Kriterien des § 5a auch alle weiteren mit der Freistellung intentionierten Effekte zugrundelägen, so ist das eine Unterstellung. Deringer verkennt, dass mit der Zulassung der Missbrauchskontrolle für die Nichterlaubniskartelle gerade die Nachprüfbarkeit des vom Normalfall abweichenden Einzelfalles durch die Kartellbehörde begründet werden sollte. Der Gegenstand dieser Nachprüfbarkeit entfiele, wenn mit den Voraussetzungen des Freistellungstatbestandes bereits jegliches Zulassungskriterium gegeben wäre. Der Unterschied zu den Erlaubniskartellen besteht darin, dass bei den anderen Freistellungstatbeständen, die näher begrenzte Kartellformen ausnehmen, der Gesetzgeber es für

---

1) oben S. 49 Anm. 1 ; im übrigen auch widersprüchlich, da Sarnighausen an anderer Stelle (S. 81, 89) ebenfalls auf den Zweck der gesetzlichen Freistellung zurückgreift.

unzweckmässig gehalten hat, eine Vielzahl von Einzelerlaubnissen zu erteilen, da er davon ausgehen konnte, dass im Regelfall auch die nicht genannten erwünschten Effekte eintreten würden. Für die von diesen Erwartungen abweichenden Einzelfälle jedoch wurde die korrigierende Missbrauchskontrolle eingeführt.[1] Insofern schafft der Gesetzgeber eben doch mit der Zulassung durch einen Freistellungstatbestand nur eine "widerlegbare Vermutung".

Die Errichtung der Missbrauchskontrolle durch den Gesetzgeber bedeutet also gerade wieder einen Schritt in Richtung der Verwirklichung der materiellen Gesetzeszwecke und weg von einer bereits an die Erfüllung des Freistellungstatbestandes anknüpfenden Generalisierung der Betrachtung. Die Tatsache, dass bestimmte Zweckmässigkeitserwägungen im Rahmen eines bestimmten Freistellungstatbestandes nicht vorgeschrieben sind, spricht also nicht dagegen, sondern dafür, sie im Rahmen der Missbrauchskontrolle zu berücksichtigen. Eine weitere Frage ist es, wieweit bei der Bejahung der Relevanz dieser Zwecke für die Missbrauchsaufsicht die Durchführung von Zweckmässigkeitserwägungen im Rahmen der Missbrauchskontrolle um der Praktikabilität und Sicherheit der Rechtsanwendung zu modifizieren und möglicherweise einzuschränken ist. Diese Frage wird bezüglich des Verhältnismässigkeitsgedankens noch genauer zu prüfen sein, sowohl dogmatisch im Hinblick auf die Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips, als auch im Hinblick auf seine praktische Nachprüfung.

---

1) OLG Koblenz, Beschluss vom 21.6.1963, Zeitgleiche Summenmessung, WuW/E (OLG) 612 ff. (614), bestätigt durch BGH, Beschluss vom 17.11.1964, WuW/E (BGH) 655; das BKartA, Beschluss vom 22.12.1960, Fensterglas II, WuW/E 285, führt unter Berufung auf die Änderungsvorschläge des Bundesrates - Anlage 2 zur Bundestagsdrucksache 1158 - zu einem Rabatt- und Konditionenkartell aus : "Konditionen vereinfachen häufig den Geschäftsverkehr ... etc; daher ist eine generelle Zulassung des reinen Konditionenkartells mit dem Vorbehalt von behördlichen Eingriffen bei Missbrauchskontrolle vertretbar."

An dieser Stelle soll nur festgehalten werden, dass für die Missbrauchskontrolle auch die im Freistellungstatbestand nicht genannten wirtschaftspolitischen Zwecke relevant sind, das heisst auch und gerade das Vorliegen eines "Äquivalents" des vom Gesetzgeber einer Freistellung zugrundegelegten wirtschaftspolitischen Erfolges.

bb) Der Schutz des freien Wettbewerbs als bei der Missbrauchskontrolle beachtlicher Zweck

- bei Kartellen nach §§ 2 - 8

Die wirtschaftspolitischen Zwecke, um derentwillen der Gesetzgeber die einzelnen Freistellungen vom Kartellverbot vorgenommen hat, kontrastieren mit dem Zweck des Grundsatzverbotes des § 1 GWB.[1] Es liegt daher nahe, diesen Zweck zusammen mit dem jeweils in Frage kommenden Freistellungszweck für den Maßstab des Sinn- und Zweckwidrigkeitskriteriums bei der Missbrauchsaufsicht heranzuziehen. Der BGH zieht diese Konsequenz in mehreren Entscheidungen: "... legt die Wendung, 'Missbrauch der durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt' es nahe, den Maßstab für die Auslegung vor allem auch aus dem Grundsatz des § 1 zu gewinnen".[2]

Die Zulässigkeit dieser Berücksichtigung des Zweckes des § 1 GWB, des Wettbewerbsschutzes, bei der Missbrauchsbeurteilung ist weithin

---

1) Vergl. oben S. 52

2) BGH, Beschluss vom 24.10.1963, Fensterglas IV, WuW/E 592; weiterhin Beschluss vom 27.11.1964, Zeitgleiche Summenmessung WuW/E 655: Die Frage des Missbrauchs müsse aus "Sinn und Zweck des Kartellverbots (§ 1 GWB) sowie den Gründen der Freistellung zu diesem Verbot ermittelt werden".

umstritten.[1] Die Frage wurde hauptsächlich im Zusammenhang mit den Entscheidungen des Bundeskartellamtes und der Gerichte zur Frage des Missbrauchs eines Rabattkartells durch Ausschluss des letzten Wettbewerbs diskutiert. Die gegen die Berücksichtigung des Wettbewerbsschutzprinzips vorgebrachten Argumente sind vornehmlich folgende :

- Missbrauch liegt nicht im Ausschluss des Wettbewerbs, sondern in Ausnutzung der Stellung, die durch Wettbewerbsbeschränkung bzw. -ausschluss erreicht wird, da die Wettbewerbsbeschränkung eine dem Kartellbegriff immanente und von § 12 Abs. 1 Ziff. 1 GWB ausdrücklich erwähnte Tatbestandsvoraussetzung ist.

- Die Wettbewerbsfreiheit wird im GWB nicht als absoluter Wert, sondern in Konkurrenz zu anderen Zwecken verfolgt. Unter welchen Voraussetzungen sie mit anderen Werten abzuwägen ist, wird erschöpfend in den Voraussetzungen der einzelnen Befreiungsvorschriften geregelt. Bie ihrer Erfüllung würde eine nochmalige Abwägung des Kartells mit den Prinzipien des § 1 eine fehlsame Ermessensausübung darstellen, da sie die gesetzlichen Verhältnismaßstäbe ausser Kraft setzt. Sie darf daher nur in den ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Fällen der §§ 5 Abs. 2, 3; 100 Abs. 1 Satz 3; 5a; 6 Abs. 3 Ziff. 2 erfolgen, ist im übrigen jedoch ausgeschlossen.

---

1) Dagegen : Benisch, WuW 59, 765 ff.; NJW 64, 907
Dörinkel, WuW 61, 238; Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 12 GWB Rdn. 4, 5 ff.; Spengler, WuW 60, 759

Dafür : Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes und die Rechtsprechung, s. oben S. 60 Anm. 1, 2, 3 zur Frage des Missbrauchs durch Ausschluss des letzten Wettbewerbs durch Rabattkartelle; Sarnighausen, op.cit. S. 67; Christl, BB 60, 297 ff.

- § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB verankert den Grundsatz, dass die dem § 1 zugrundeliegenden Erwägungen bei den Befreiungsvorschriften nicht gelten. Angesichts dieser grundsätzlichen Unterscheidung in § 1 Abs. 1 zwischen unerwünschten und billigenswerten Wettbewerbsbeschränkungen können letztere nicht unter einer ratio legis betrachtet werden, welche den Vorschriften zur Verhinderung der missbilligten Wettbewerbsbeschränkungen beigemessen wird. Die Zwecke des Wettbewerbsschutzes als Institut der sozialen Marktwirtschaft und des Schutzes der wirtschaftlichen Entscheidungs- und Meinungsfreiheit sind daher dort nicht zu berücksichtigen, wo aus den jeweiligen Freistellungsgründen das Wettbewerbsprinzip nicht dominieren soll.[1)]

Eine Untersuchung dieser Argumente, mit denen das Grundziel des GWB als unbeachtlich für den Zweckwidrigkeitsmaßstab des Missbrauchsbegriffs erklärt wird, ergibt folgendes :

Die Frage, ob die Missbrauchskontrolle an eine bereits erfolgte Freistellung anknüpfen muss, oder schon vorher erfolgen kann, ist zu trennen von der Frage, welche Gesichtspunkte bei ihr zu beachten sind. Das Argument, dass nur die Ausnutzung einer bereits durch Freistellung "erlangten Stellung", nicht ihr Zustandekommen durch Wettbewerbsausschluss Gegenstand der Missbrauchskontrolle sein kann, beachtet nicht in ausreichendem Masse diesen Unterschied : Wenn auch aus § 12 Abs. 1 Nr. 1 GWB herauszulesen wäre, dass erst eine Freistellung - durch Ablauf der Widerspruchsfrist z.B. - erfolgt und dadurch eine Stellung im Markt erlangt sein müsse, bevor

---

1) Diese grundlegenden Argumente vor allem bei Benisch, WuW 59, 765 ff., im übrigen oben S. 67 Anm. 1 die weiteren Gegenstimmen.

die Missbrauchskontrolle einsetzen könne,[1] so ist doch in § 12 GWB auch festgestellt, dass nicht nur die Durchführung eines Kartellvertrags oder -beschlusses den Missbrauch dieser Stellung konstituieren kann, sondern dieser Missbrauch bereits im Grundvertrag selber angelegt sein kann. Es kommt demnach nicht ausschliesslich auf eine nachfolgende "Ausnutzung" der Marktstellung an, sondern der Missbrauch kann schon in der besonderen Ausformung der Marktstellung durch den Grundvertrag liegen, für die in erster Linie das Ausmass der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung erheblich und demnach zu berücksichtigen ist. Die Tatsache, dass dem Kartellbegriff die Wettbewerbsbeschränkung immanent ist und daher auch Tatbestandsvoraussetzung jeglicher durch Freistellung erlangten Stellung im Markt, berührt diese Konsequenz nicht : Keineswegs soll der Missbrauchsvorwurf wegen der Tatsache allein erhoben werden, dass überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, sondern nur, wenn die besondere Ausformung der Marktstellung durch eine Wettbewerbsbeschränkung besonderen Ausmasses den Missbrauch begründet. Existenz einer Wettbewerbsbeschränkung überhaupt und das besondere Gewicht einer bestimmten Wettbewerbsbeschränkung sind als Wertungsgesichtspunkte völlig verschieden. Das Argument der "Immanenz" beachtet diesen Unterschied nicht und geht daher fehl.

Der Gedanke, dass die Berücksichtigung des Wettbewerbsschutzprinzips und damit des Ausmasses einer Wettbewerbsbeschränkung nur in den ausdrücklich vorgeschriebenen Fällen erfolgen dürfe und dass dieserart mit den Freistellungstatbeständen eine erschöpfende

---

1) Zu dieser die Zulässigkeit der "antizipierten Missbrauchskontrolle" berührenden Frage vergl.: die Entscheidungen des BKartA und der Gerichte oben S. 60 Anm. 1, 2, 3 sowie auch Benisch WuW 59, 765 ff; NJW 64, 907

Regelung vorliege, beruht auf derselben Verkennung der Rolle der Missbrauchsaufsicht wie die oben behandelten Argumente Deringers und Sarnighausens zur Berücksichtigung der Erreichbarkeit eines im Freistellungstatbestand nicht genannten, der Freistellung aber zugrundeliegenden wirtschaftspolitischen Nutzens. Unter Hinweis auf die dort durchgeführte Erörterung[1] ist auch hier aus dem Gedanken, dass 1. der Wettbewerbsschutz gesetzgeberisches Ziel ist und damit auch den Freistellungen zugrundeliegt, die eine Nachprüfung des Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung nicht ausdrücklich vorschreiben, weil eine Beeinträchtigung dieses Grundsatzzieles in der Regel nicht zu erwarten ist, und dass 2. es Aufgabe der Missbrauchskontrolle ist, diejenigen Einzelfälle zu korrigieren, die den Erwartungen des Gesetzgebers nicht entsprechen, der Schluss zu ziehen, dass gerade bei den Ausnahmetatbeständen, die die Berücksichtigung des Wettbewerbsschutzprinzips nicht ausdrücklich vorschreiben, ein Verstoss als Missbrauch zu erfassen ist.[2]

Das zuletzt angeführte Argument der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen "billigenswerten" und "missbilligten" Wettbewerbsbeschränkungen durch § 1 Abs. 1 Satz 2 ist prima facie schon sehr formaler Natur - und gerade Benisch, der es benutzt hat, betont, dass auf redaktionelle Formalien des GWB nicht allzu genau geachtet werden dürfe.[3] Darüber hinaus geht der Schluss, dass "missbilligte" und "billigenswerte" Wettbewerbsbeschränkungen nach völlig unterschiedlichen Prinzipien zu beurteilen seien, an der Tatsache vorbei,

---

1) oben S. 63 - 65

2) So auch Sarnighausen op.cit. S. 67 für die Berücksichtigung des Wettbewerbsschutzprinzips.

3) Benisch, NJW 64, 907

dass der Gesetzgeber in mehreren Freistellungstatbeständen ausdrücklich das Wettbewerbsschutzprinzip berücksichtigt : §§ 5 Abs. 2, 3; 5a; 100 Abs. 1 Satz 3, 6 Abs. 3 Ziff. 2, 7 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 3 Ziff. 2. Viel zwangloser und naheliegender ist die Beurteilung der Formulierung des § 1 Abs. 1 Satz 2 - "Dies gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist" - als rein auf die Rechtsfolge des § 1 Abs. 1 Satz 1 bezogene Grundlegung der Ausnahmeregelungen zum Grundsatzverbot, also als Begründung des blossen Regel-Ausnahmeverhältnisses, ohne jede Grundsatztrennung im Bereich der Zielsetzung und damit in den Auslegungsprinzipien. Eine solche Trennung wäre auch garnicht durchführbar, da bei keiner Wettbewerbsbeschränkung von vornherein feststeht, ob sie zu den missbilligten oder den billigenswerten gehört.[1] Jegliche Kartellierung ist zunächst grundsätzlich verboten, wenn auch mit der Möglichkeit der Freistellung versehen, das heisst aber, dass sie im Hinblick sowohl auf das Wettbewerbsschutzprinzip als auch auf einen eventuellen Freistellungsgrund zu beurteilen ist.

- Bei Kartellen innerhalb der Bereichsausnahmen

Ausgangspunkt und Voraussetzung der Berücksichtigung des Ausmasses der in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkung bei der Missbrauchskontrolle einer Kartellierung war das Bestehen des grundsätzlichen Kartellverbotes, an das sich die Freistellungstatbestände als Ausnahmeregelung anschliessen. Die Argumentation wäre daher wertlos

---

1) Hirsch, op.cit. S. 22 : "Alles was vom Gesetz regelmässig erlaubt ist, kann bei Missbrauch untersagt werden, alles aber, was von ihm, sei es allgemein, sei es besonders, untersagt ist, im Interesse der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls erlaubt werden."

bezüglich solcher Kartelle, die nicht durch Wahrnehmung eines ausnahmsweise zugestandenen Rechts auf Kartellierung zustandekommen, sondern durch Wahrnehmung des grundsätzlichen Rechts der Vertragsfreiheit. Dies wird teilweise für die Kartelle der sogenannten "Bereichsausnahmen" angenommen, nach §§ 99 Abs. 2 - 103.[1)]

Die zu diesen Meinungen vorgebrachte Argumentation geht dahin, dass es sich bei den Bereichsausnahmen um prinzipielle Freistellungen handelt, die einen besonderen "Bereich" sowohl gegenüber dem Grundsatzverbot wie gegenüber den anderen Ausnahmen schaffen; in diesem Regelungsbereich gelte nicht mehr das Verbotsprinzip, sondern das reine Missbrauchsprinzip, so dass auf den Zweck des grundsätzlichen Kartellverbotes nicht einzugehen sei; bezüglich der Missbrauchsprüfung der Bereichsausnahmen seien daher andere Maßstäbe als bei § 12 anzuwenden.[2)]

Diese Argumentation ist bereits in ihrem Kernpunkt angreifbar : Aus der Tatsache, dass Gebietsfreistellungen einen wesentlich weiteren Rahmen für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen eröffnen, als die Freistellungstatbestände der §§ 2 - 8, ergibt sich noch keinesfalls zwingend, dass sie folglich eine nicht vom Wettbewerbsbeschränkungsverbot geprägte Regelung darstellen. Zu dieser Feststellung bedarf es eines Rückgriffs auf die mit der Bereichsausnahmeregelung verfolgten Zwecke.

Einheitlicher Ausgangspunkt war hier der Gedanke, dass der in § 1 geschützte Wettbewerb auf Grund besonderer Eigenschaften der be-

---

1) So Christl, BB 60, 297; Gleiss-Hootz, NJW 66, 864; Boege, S. 5, 87.

2) Vergl. insbesondere Gleiss-Hootz, NJW 66, 864 ff.

troffenen Wirtschaftszweige nicht in der Regel die sonst mit dem Bestehen des Wettbewerbs verbundenen positiven Wirkungen hat, sondern im Gegenteil zu wirtschaftspolitisch unerwünschten Zuständen führen kann.[1] Wettbewerbsbeschränkungen wurden daher in diesen Wirtschaftsbereichen zugelassen, um den sonst entstehenden Gefahren zu begegnen. In der Vermeidung von Schäden liegt also der positive Nutzen, um dessentwillen die Freistellung erfolgte. Ein derart positiver Nutzen kann allerdings nur mit denjenigen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein, die im Hinblick auf die besonderen Erfordernisse des Wirtschaftszweiges erfolgen. Eine derartige Bezugnahme auf die besonderen Erfordernisse des Wirtschaftszweiges wurde in § 99 Abs. 2 Nr. 4 sogar zur ausdrücklichen Voraussetzung des Freistellungstatbestandes gemacht : "... im Interesse eines geordneten Verkehrs ..." Materiell liegt die gleiche Zwecksetzung auch bei den anderen Gebietsfreistellungen vor.

Stellt man sich auf den Standpunkt, das Wettbewerbsschutzprinzip habe keine Geltung für die Bereichsausnahmen, so könnte gegen eine Wettbewerbsbeschränkung nicht eingeschritten werden, deren blosser Mangel darin besteht, dass sie eine Bezugnahme auf die Eigenheiten des betreffenden Wirtschaftszweiges vermissen lässt. Dies Ergebnis ist aber unvereinbar mit der Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen bei den Bereichsausnahmen auf bestimmte positive Wirkungen hin im Allgemeinen und sie ist es im Besonderen mit der ausdrücklichen Regelung des § 99 Abs. 2 Nr. 4. Es bliebe unverständlich, dass ein Kartell von Unternehmen der Küsten- und Binnenschiffahrt über Be-

---

1) BGH, Beschluss vom 27.11.1964, Zeitgleiche Summenmessung, WuW/E 656; Regierungsentwurf B I, 1, Bundestagsdrucksache 1158 Anlage 1; Wirtschaftspolitischer Ausschuss im Generalbericht C II, Bundestagsdrucksache 3644, 1158.

förderungsbedingungen und Fahrpläne von Fahrgastschiffen nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 schon unzulässig sein sollte, wenn es nicht im "Interesse eines geordneten Verkehrs" geschaffen wurde. Die blosse Beeinträchtigung des Wettbewerbs wäre kein Grund zur Vertragsuntersagung, wenn bei den Bereichsausnahmen das Wettbewerbsschutzprinzip irrelevant wäre.

Daraus, dass die Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen bei den Bereichsausnahmen ebenso wie bei den Einzelfreistellungstatbeständen nur um bestimmter positiver Wirkungen willen erfolgt, ergibt sich, dass die Beziehung zum Wettbewerbsschutzprinzip nicht völlig fehlt, und dass in dieser Hinsicht die Bereichsausnahmen keine grundsätzlich andere Stellung als die sonstigen Ausnahmen zum Kartellverbot einnehmen.[1] Dies wird auch unterstrichen durch die Regelung des § 100 Abs. 1, der die Zulässigkeitsgrenze beim Ausschluss des Wettbewerbs zieht.

Zusammenfassung :

Der Wettbewerbsschutz als Zweck des Grundsatzverbots des § 1 ist für die Missbrauchsaufsicht beachtlicher Gesetzeszweck. Dies gilt nicht nur für die Einzelfreistellungen vom Kartellverbot der §§ 2 - 8 sondern auch für die Bereichsausnahmen, da diese bezüglich des Grundsatzverbots des § 1 keine Sonderstellung innehaben, sondern auch unter dem Wettbewerbsschutzprinzip stehen.

---

1) So BGH, Beschluss vom 20.10.1960, WuW/E 401 (402); Verfügungen des Hessischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 17.1.1961, 18.4.1961, WuW/E (LKartB) 28, 35.

cc) Das angemessene Verhältnis zwischen Nutzeffekt und Wettbewerbsbeschränkung als entscheidendes Kriterium der Sinn- und Zweckwidrigkeit bezüglich beider Grössen.

Hat sich im Laufe der Untersuchung der bei dem Missbrauchsbegriffsmerkmal der Sinn- und Zweckwidrigkeit zu beachtenden Ziele des GWB ergeben, dass die Erreichbarkeit des Freistellungsnutzens einerseits und andererseits die Beeinträchtigung des Wettbewerbsschutzprinzips die erheblichen Elemente des Wertungsmaßstabs der Sinn- und Zweckwidrigkeit sind, so steht noch offen, nach welchen Gesichtspunkten der Grad der Beeinträchtigung jedes dieser beiden Ziele zu ermitteln ist, bei dessen Erreichung das Missbrauchsurteil zu treffen ist. Die Antwort hierzu ergibt sich aus der Bedeutung des Freistellungsgrundes im Kontrast zum Wettbewerbsschutzprinzip : Beide Prinzipien stehen nicht nebeneinander getrennt im Raum, sondern in einer bestimmten Wechselbeziehung. Die Einschränkung des Wettbewerbsschutzprinzips nimmt der Gesetzgeber um des jeweiligen Freistellungszwecks willen hin; dieser Nutzzweck bildet das "Äquivalent" der Einschränkung.[1] Aus dieser Beziehung beider Werte zueinander ergibt sich eine gegenseitige Abhängigkeit in Bezug auf die Zweckmässigkeitswertung. Nur da, wo das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung nicht unverhältnismässig gross ist im Vergleich zur Bedeutung des damit erreichbaren Freistellungserfolges lässt sich von einem "Äquivalent" sprechen, nur da entspricht die Zulassung eines Kartells der Zwecksetzung des Gesetzgebers. Damit stellt sich als entscheidender Bezugspunkt einer Zweckwidrigkeitsprüfung das Verhältnis zwischen diesen beiden Grössen dar. Eine Beurteilung der Beeinträchtigung des Wettbewerbsschutzprinzips kann nicht ohne Bezugnahme auf ihren Nutzeffekt hin erfolgen und umgekehrt ist für die Beurteilung eines gegebenen Nutzeffektes eine Bezugnahme auf das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung notwendig.

---

1) Vergl. oben S. 60

Diese Verhältnismässigkeit liegt nur da vor, wo überhaupt der einer Freistellung zugrundegelegte Erfolg eintritt und sein Nutzen zumindest genauso gross ist, wie die Einschränkung des freien Wettbewerbs auf der anderen Seite als Beeinträchtigung der mit § 1 GWB geschützten Werte ins Gewicht fällt. Umgekehrt kann eine Wettbewerbsbeschränkung jeglichen Ausmasses noch als verhältnismässig angesehen werden, wenn ihr ein entsprechender positiver Erfolg gegenübersteht. Damit stellen sich die Sachverhalte, die den oben genannten Missbrauchseingriffen wegen Vereitelung des Freistellungsnutzens und völligen Ausschlusses des Wettbewerbs zugrundeliegen, nur als besonders auffallende, krasse Einzelfälle der Zweckwidrigkeit wegen Unverhältnismässigkeit dar : Wo überhaupt kein Freistellungsnutzen mehr vorhanden ist, kommt es auf das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung überhaupt nicht mehr an - immer vorausgesetzt, dass sie noch ausreicht, den Tatbestand des § 1 GWB zu erfüllen -, um Unverhältnismässigkeit konstatieren zu können. Wo andererseits der Wettbewerb völlig ausgeschlossen wird, ist Unverhältnismässigkeit zumindest indiziert und an den Rechtfertigungserfolg sind entsprechend grössere Anforderungen zu stellen.[1)]

3. Einschränkungen der Geltung des Verhältnismässigkeitskriteriums im Missbrauchsverfahren aus Rechtssicherheitsgründen.

Das bisherige Ergebnis, nach dem sich der Verhältnismässigkeitsgesichtspunkt als entscheidendes Missbrauchskriterium darstellt, soweit nicht Machtmissbrauch in Frage kommt, lässt sich nur als vorläufig bezeichnen, solange nicht feststeht, inwieweit es zu modifizieren ist angesichts des

---

1) Hierzu Genaueres bei der Untersuchung der Prinzipien der Verhältnismässigkeitsprüfung durch die Kartellbehörde unten S. 124 ff.

Erfordernisses, auch bei der Auslegung des Missbrauchsbegriffes dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen und demgemäss möglicherweise Zweckmässigkeitsprüfungen zugunsten grösserer Klarheit und Voraussehbarkeit der Entscheidungen einzuschränken.[1]

Für die Erlaubniskartelle ergeben sich hier bereits unterschiedliche Beurteilungen unmittelbar aus der Systematik des GWB, so dass im folgenden die Untersuchung zu trennen ist.

a) Die Erlaubniskartelle

Die Missbrauchskontrolle der Erlaubniskartelle wird durch die Vorschrift des § 11 Abs. 5 Ziff. 2 GWB begründet. Die Vorschrift bestimmt, dass die Behörde korrigierend einzugreifen hat, "soweit das Kartell oder die beteiligten Unternehmen die durch die Erlaubnis erlangte Freistellung von § 1 missbrauchen". Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass die Missbrauchskontrolle erst dort einsetzen kann, wo der zu beurteilende Sachverhalt nicht mehr Gegenstand der Erlaubnisprüfung ist. Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den beteiligten Unternehmen, die Gegenstand der vertraglichen Kartellierung sind, können als Bestandteil des Grundvertrages also nicht im Missbrauchsverfahren überprüft werden, da ihre Beurteilung bereits Voraussetzung der Erlaubniserteilung ist.[2] Der Bereich innerhalb dessen diese Wettbewerbsbeschränkungen auf ihre Verhältnismässigkeit zum Freistellungsnutzen hin überprüft werden können, gehört damit ausschliesslich dem Erlaubnisverfahren an. Die Voraussetzungen der Erlaubniserteilung finden sich abschliessend geregelt in den ein-

---

1) Vergl. oben S. 9. 10

2) Dörinkel im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 11 Rdn. 14

schlägigen Freistellungstatbeständen. Gerade für die Erlaubnistatbestände hatte sich als Ergebnis der Untersuchung zur Frage nach dem Verhältnismässigkeitserfordernis als Tatbestandsvoraussetzung der Freistellungstatbestände ergeben, dass bei ihnen das Verhältnismässigkeitskriterium Freistellungsvoraussetzung ist, und zwar als in jedem Fall zu beachtende Voraussetzung nach den §§ 5 Abs. 2 und 3, 8 Abs. 1 und als nur in bestimmten Fällen zu beachtende Voraussetzung nach den §§ 4, 6 Abs. 2, und 7.[1] Soweit auch bei diesen Erlaubniskartellen in Fällen weniger einschneidender Wettbewerbsbeschränkungen eine Verhältnismässigkeitsabwägung nicht Voraussetzung der Erlaubnis geworden ist, nämlich bei Kartellen nach § 4 in Fällen von nicht gesamtwirtschaftlich erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen[2] und bei Kartellen nach §§ 6 Abs. 2 und 7 in Fällen von Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht als "wesentlich" im Sinne des § 6 Abs. 3 Nr. 2 zu beurteilen sind,[3] entfällt damit die Möglichkeit einer Verhältnismässigkeitsnachprüfung überhaupt. Für diese Fälle geht das GWB davon aus, dass die leichtere Wettbewerbsbeschränkung in der Regel zulässig weil verhältnismässig sein wird. Es verzichtet im Sinne einer vereinfachenden Betrachtungsweise auf eine Verfeinerung der Zweckmässigkeitsprüfung durch eine Verhältnismässigkeitsprüfung.

Soweit jedoch andererseits das Verhalten des Kartells oder der an ihm beteiligten Unternehmen bei der Nutzung der durch die Erlaubnis gewährten Freistellung in Frage steht, findet die durch § 11 Abs. 5 Ziff. 2 eingeräumte Missbrauchskontrolle ihr Betätigungsfeld und dementsprechend ist hier eine erst bei der Durchführung des Kartellvertrages entstehende Wettbewerbsbeschränkung nach Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten zu bewerten.

---

1) oben S. 46

2) oben S. 38

3) oben S. 42, 43

Im Fall des Thomasphosphatsyndikats war die Erlaubniserteilung aus Gründen der Missbrauchsaufsicht in Frage gestellt, weil ein durch die Kartellierung zwar erst ermöglichter aber nicht selber kartellmässiger Wettbewerbsausschluss dergestalt vorgesehen war, dass die gemeinsame Verkaufsstelle das Angebot auch aller Kartellaussenseiter durch Aufkauf an sich ziehen sollte. Diese weitere Wettbewerbsbeschränkung wurde vom Bundeskartellamt und dem Kammergericht[1] jeweils nach dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zum dadurch bewirkten zusätzlichen Rationalisierungserfolg beurteilt. Allerdings betonte das Kammergericht, dass ein Missbrauchseingriff gegen eine der Rationalisierung dienende Wettbewerbsbeschränkung nur dann gerechtfertigt sei, wenn sie das durch § 5 Abs. 3 GWB gebotene Mass übersteige, da bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 ein Rechtsanspruch auf Erlaubniserteilung bestehe. Aus der Bezugnahme auf den Maßstab des speziellen Freistellungstatbestandes lässt sich der weitere Schluss ziehen, dass an eine Wettbewerbsbeschränkung, die in der Durchführung eines Kartellvertrages begründet wird, keine schwereren Anforderungen zu stellen sind, als an die im Grundvertrag vorgezeichnete, kartellmässige Wettbewerbsbeschränkung, dass also, soweit im Erlaubnisverfahren eine generalisierende Betrachtung vorgenommen wird, diese auch im Missbrauchsverfahren zulässig ist. Es ist also die Missbräuchlichkeit einer in der Kartellvertragsdurchführung zusätzlich begründeten Wettbewerbsbeschränkung nur insoweit mit dem Verhältnismässigkeitsmaßstab zu messen, als dies auch nach dem Freistellungstatbestand möglich ist. Im Falle von Kartellen nach §§ 4, 6 Abs. 2, 7 ist dementsprechend eine Verhält-

---

1) BKartA : Beschluss vom 30. 6.1960, Thomasphosphat I, WuW/E 211
Beschluss vom 1.11.1961, Thomasphosphat II, WuW/E 389
KG: Beschluss vom 5. 6.1963, WuW/E (OLG) 570

nismässigkeitsprüfung im Missbrauchsverfahren nur möglich, wenn die verstärkte Wettbewerbsbeschränkung ein Mass erreicht, das gesamtwirtschaftlich erheblich (§ 4) bzw. "wesentlich" im Sinne des § 6 Abs. 3 Ziff. 2 ist. Hierbei kommt es allein auf das Ausmass der mit der Durchführung des Kartellvertrags oder -beschlusses zusätzlich begründeten Wettbewerbsbeschränkung an. Es ist, wenn es die genannten Erheblichkeitsstufen erreicht, mit dem dadurch zusätzlich verursachten Nutzerfolg in Beziehung zu setzen. In denjenigen Fällen, in denen auch die im Grundvertrag vorgezeichnete kartellmässige Wettbewerbsbeschränkung bereits gesamtwirtschaftlich erheblich bzw. "wesentlich" ist, sind auch für die in der Durchführung zusätzlich begründete Wettbewerbsbeschränkung diese Erheblichkeitsstufen zumindest indiziert, da das Verhalten derartig bedeutender Kartelle auch entsprechend grösseres Gewicht besitzt. Falls allerdings einer derartig zusätzlich begründeten Wettbewerbsbeschränkung überhaupt kein rechtfertigender Nutzeffekt gegenübersteht, ist sie, auch wenn noch so gering und unerheblich, als missbräuchlich zu beurteilen. Auch für eine im Grundvertrag kartellmässig begründete Wettbewerbsbeschränkung kann in solchen Fällen kein Anspruch auf Erlaubniserteilung entstehen, ohne dass es auf das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung ankäme.

Der wirtschaftspolitische Nutzeffekt, wie er für die Beurteilung der durch tatsächliches Verhalten entstehenden Wettbewerbsbeschränkung erheblich wird, ermittelt sich zwar letztlich aus denjenigen Merkmalen, die der Freistellungstatbestand zur Voraussetzung der Erlaubnis macht : planmässige Kapazitätsanpassung, Ausfuhrförderung, Rationalisierungserfolge, wie sie in den §§ 4, 5 Abs. 2, 3, 6 Abs. 2 umschrieben sind. Unter diese abstrakt gefassten Tatbestandsmerkmale lassen sich jedoch wirtschaftliche Vorgänge verschiedenster Art

subsumieren. Bei der Erlaubniserteilung hat die Kartellbehörde eine derartige Subsumtion im Hinblick auf konkrete wirtschaftliche Vorgänge vorgenommen, die für das in Frage kommende Kartell den Nutzerfolg darstellen. Als Beispiel sei auf das Thomasphosphatsyndikat zurückgegriffen; die Erlaubnis wird nicht um eines ins Belieben gestellten Rationalisierungserfolges willen erteilt, sondern die Behörde hat eine bestimmte Vorstellung von dem hier in Frage kommenden Erfolg. Sie sieht ihn einmal in einem Ausgleich für die Nichtsteuerbarkeit der Erzeugung des Koppelproduktes Thomasmehl bei den Einzelunternehmen durch den gemeinsamen Vertrieb, der es ermöglicht die Waren dort abzurufen, wo sie gerade vorhanden ist; zum anderen sieht sie den Vorteil in einer Senkung der Vertriebskosten; beide Erfolge schlagen sich nieder für die Abnehmer in einer Verbesserung der Lieferfähigkeit.

Der die Kartellierung rechtfertigende Freistellungsnutzen erfährt also mit der Erlaubniserteilung eine Konkretisierung. Die erteilte Erlaubnis ist die unmittelbare rechtliche Grundlage der Wirksamkeit des Kartells, nur mittelbar ist es die der Erlaubnis zugrundeliegende Freistellungsnorm.

Daraus folgt, dass es für die Frage, welcher Nutzeffekt die bei der Kartelldurchführung verursachte Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen kann, auf den in der erteilten Erlaubnis konkretisierten Nutzeffekt ankommt. So wird der Nutzeffekt des Handels mit Importware beim Thomasphosphatsyndikat darin gesehen, dass er "der Rationalisierungsaufgabe des Syndikats gemäss ist".[1] Die durch die Behörde bei der Erlaubniserteilung anvisierten Erfolge hat das Kartell bei seiner Durchführung zu verwirklichen und nur im Hinblick darauf

---

1) KG, Beschluss vom 5.6.1963, WuW/E (OLG) 570, 574.

sind zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen möglich.[1]

Zusammenfassung :

Die bereits im Erlaubnisverfahren überprüfte Wettbewerbsbeschränkung kann nicht im Missbrauchsverfahren noch einmal auf Verhältnismässigkeit überprüft werden; diese Kontrolle ist nur möglich bei Wettbewerbsbeschränkungen, die in Durchführung des Kartellvertrages bewirkt werden. Auch hierbei sind jedoch Verhältnismässigkeitsabwägungen nur insoweit möglich, als sie schon für die Erlaubniserteilung im Freistellungstatbestand vorgeschrieben sind. Bezugspunkt derartiger Verhältnismässigkeitsabwägungen ist der in der Erlaubniserteilung konkretisierte Freistellungsnutzen.

b) Die Nichterlaubniskartelle

Die eine Missbrauchskontrolle der Nichterlaubniskartelle begründenden Vorschriften finden sich in den §§ 12 Abs. 1 Ziff. 1, 102 Abs. 2, 102a Abs. 2, 104 Abs. 1 Ziff. 1 GWB. DiesenRegelungen ist gemeinsam, dass sie die Kontrolle nicht nur auf denjenigen Missbrauch beziehen, der mit der Durchführung eines Kartellvertrages begründet wird, wie es die Regelung für die Missbrauchskontrolle der Erlaubniskartelle tut, sondern dass auch die Besonderheiten des Grundvertrages selbst in Rechnung gestellt werden können. (§§ 12 Abs. 1 Ziff. und 104 Abs. 1 Ziff. 1: "... soweit die Verträge, Beschlüsse ... oder die Art ihrer Durchführung einen Missbrauch ... darstellen." §§ 102 Abs. 2, 102a Abs. 2: "... kann die Kartellbehörde ... Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären, die einen Missbrauch der

1) Zur Frage der "Erlaubnis als konkreter Maßstab der Sinn- und Zweckwidrigkeit" Sarnighausen, S. 74 ff., hier auch insbesondere zur Frage der Auslegung der Erlaubnis S. 76.

durch Freistellung von § 1 erlangten Stellung im Markt darstellen.") In die zur Missbrauchskontrolle gehörende Verhältnismässigkeitsprüfung ist also einerseits die den Gegenstand der Kartellabrede bildende und von ihr begrifflich vorausgesetzte Wettbewerbsbeschränkung einzubeziehen, soweit sie sich aus dem Grundvertrag ergibt. In Konsequenz der vom Bundeskartellamt[1] vertretenen Rechtsauffassung von den Möglichkeiten der "antizipierten Missbrauchsaufsicht" bei sämtlichen Widerspruchskartellen kann auf diese Weise eine Unverhältnismässigkeit zur Verhinderung auch der anfänglichen Wirksamkeit führen. Andererseits sind aber auch diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die in Verstärkung der bereits im Grundvertrag vorgesehenen Wettbewerbsbeschränkung durch die Art der Durchführung des Vertrags entstehen, in die Verhältnismässigkeitsprüfung einzubeziehen und dementsprechend nur zuzulassen, wenn sie durch eine Verstärkung des Freistellungserfolges gerechtfertigt werden.

Eine gesetzessystematische Einschränkung des Anwendungsbereichs der Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen der Missbrauchskontrolle ergibt sich bei den Nichterlaubniskartellen nur dort, wo einzelne Freistellungstatbestände bereits ein abschliessendes Unzulässigkeitsurteil an einen bestimmten Grad des Wettbewerbsausschlusses knüpfen : §§ 5a, 100 Abs. 1 S. 3. Auch hier handelt es sich um einen Verzicht auf weitere Zweckmässigkeitsprüfungen zugunsten einer vereinfachenden Betrachtungsweise, allerdings liegt hier eine unwiderlegbare Vermutung der Unzulässigkeit vor im Gegensatz zu den Generalisierungen bei den Erlaubniskartellen, wo leichtere Wettbewerbsbeschränkungen ohne weitere Verhältnismässigkeitsabwägung für zulässig erachtet wurden.[2] Soweit Nichterlaubniskar-

---

1) Vergl. die oben S. 60 Anm. 1, 2 genannten Entscheidungen

2) Vergl. oben S.

telle den jeweiligen Freistellungstatbestand in seinen positiven und negativen Voraussetzungen erfüllen, ergibt sich jedoch keine weitere Einschränkung der Missbrauchskontrolle. Es ist daher unmittelbar auf Gesichtspunkte der Vereinfachung und Praktikabilität der Missbrauchskontrolle als bei der Rechtsanwendung zu beachtende Rechtssicherheitsprinzipien zurückzugreifen und zu untersuchen, wieweit ein Abschneiden von Zweckmässigkeitserwägungen die Geltung des Verhältnismässigkeitskriteriums innerhalb der Missbrauchskontrolle berühren kann.

Bezüglich des Verhältnismässigkeitsprinzips stellt sich die Frage nach einer generalisierenden Betrachtung auf zwei Ebenen : Muss eine Beschränkung bei der Ermittlung und Abwägung einschlägiger Tatsachen und Zwecke soweit gehen, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip als materielles Missbrauchskriterium ausser Kraft gesetzt wird ? Oder führt diese Beschränkung nur zu einer Generalisierung bei der Ermittlung der für die Verhältnismässigkeitsprüfung erheblichen Gesichtspunkte dahingehend, dass bei bestimmten Sachverhalten die Erfüllung des Verhältnismässigkeitskriteriums nicht näher nachgeprüft zu werden braucht ? - Die erste Frage betrifft die materielle Geltung des Kriteriums, die zweite die praktische Rechtsanwendung.
Die Antwort hierzu steht in engem Zusammenhang mit den Aufgaben der Missbrauchskontrolle.

Die Missbrauchskontrolle dient der Verhinderung von gesetzeszweckwidrigen Praktiken[1)] und damit der Realisierung der materiellen wirtschaftspolitischen Gesetzeszwecke. Es ist im Rahmen der Missbrauchskontrolle daher von der grundsätzlichen Zulässigkeit

---

1) oben S. 49

auch sehr weitgehender Zweckmässigkeitserwägungen auszugehen. Soweit Einschränkungen bei der Einbeziehung relevanter Tatsachen und Zwecke im Zuge einer generalisierenden Betrachtungsweise erfolgen, darf infolgedessen nicht aus den Augen verloren werden, dass auch die Rechtsanwendung in Form generalisierender Betrachtungsweise letztlich der Durchsetzung der materiellen Gesetzeszwecke dient. Wenn auch die Aufstellung genereller Lösungen durch die Typisierung von Sachverhalten dazu führen kann, dass in Einzelfällen bestimmte Interessenlagen nicht voll ausgeschöpft werden und daher auch einmal Entscheidungen möglich werden, die um der Vereinfachung der Lösung willen nicht jeden Zweckgesichtspunkt voll ausschöpfen, so sind doch diese typisierten Lösungen immer im Hinblick auf die materiellen Gesetzeszwecke, die es durchzusetzen gilt, zu orientieren. Es muss also die generelle Lösung der in Frage kommenden Fälle zumindest für den Regelfall die Durchsetzung der wirtschaftspolitischen Gesetzeszwecke garantieren. Nach diesem Gesichtspunkt hat sich die Auswahl der relevanten Fakten und Zweckerwägungen zu richten. Damit aber stellt sich die Frage nach einem Maßstab für die Bemessung der Zweckmässigkeit der generellen Lösung. Dieser Maßstab kann sich nur aus den für die Missbrauchsaufsicht massgeblichen Grundzielen des Gesetzes ergeben, woraus wiederum folgt, dass diese Ziele selbst als relevante Zwecke nicht hinweggeneralisiert werden können. Für das Verhältnismässigkeitskriterium im Rahmen der Missbrauchskontrolle ergibt sich hieraus folgendes :

Es wurde festgestellt, dass die Missbrauchskontrolle, soweit es sich nicht nur um die spezifische Machtkontrolle handelt,[1)] dazu dient,

---

1) oben S. 54 - 57

Zweckmässigkeitserwägungen auch bezüglich des Wettbewerbsschutzprinzips und des jeweiligen "Äquivalents" für seine Einschränkung zu ermöglichen, und dass weiterhin diese beiden Grössen nur in wechselseitiger Beziehung gewürdigt werden können, so dass das Verhältnismässigkeitskriterium bezüglich dieser Grössen DAS Zweckmässigkeitskriterium ist. Würde man daher im Zuge einer Generalisierung der Betrachtungsweise den Verhältnismässigkeitsgesichtspunkt selbst ausschliessen, so wäre damit das letzlich entscheidende Zweckmässigkeitskriterium unbeachtlich mit der Konsequenz, dass es für die generalisierende Lösung selbst keinen Zweckmässigkeitsmaßstab mehr gäbe. Daraus ergibt sich, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip als materielles Missbrauchskriterium bestehen bleiben muss und dass es seine Aufgabe gerade auch als Zweckmässigkeitsmaßstab für typisierende Lösungen findet.

Ein Beispiel soll zur Erläuterung dieses Gedankenganges dienen : BOEGE[1] untersucht die Frage, ob ein Versicherungsprämienkartell im Sinne des § 102 Abs. 1 GWB "notwendig" sein muss zur Vermeidung bestimmter Gefahren der Versicherungswirtschaft, die Zweck der Freistellung des § 102 Abs. 1 sein sollen, wobei unter "Notwendigkeit" der Verhältnismässigkeitsbegriff im hier verwandten Sinne verstanden wird. Boege kommt zu dem Ergebnis, dass eine praktikable Missbrauchsaufsicht nicht durchführbar sei, wenn in jedem Einzelfall untersucht würde, ob eine konkrete Gefahrensituation gegeben sei, die es zu vermeiden gälte; mit dem Vorliegen einer "abstrakten Gefahr" (= einer Situation,die im Regelfall mit einer konkreten Gefahr verbunden ist), von der § 102 Abs. 1 GWB ausgehe, sei die Notwendigkeit (d. h. Verhältnismässigkeit) des

---

1) Boege, S. 81

Kartells zu unterstellen und daher nicht nachzuprüfen. Die hier vorgenommene Generalisierung besteht nicht darin, dass, wie Boege meint, das Missbrauchskriterium der "Notwendigkeit" eines Kartells überhaupt ausscheidet (S. 84), sondern dass die Nachprüfung seiner Hauptvoraussetzung, - des Bestehens einer konkreten Gefahr - entfällt. Die Generalisierung setzt also nicht im Punkt "Notwendigkeitskriterium", sondern im Punkt "konkrete Gefahr" ein. Die Erfüllung des weiterhin gültigen "Notwendigkeitskriteriums" bleibt bei dieser Betrachtungsweise für den Regelfall gewährleistet, seine Nachprüfung kann daher im Einzelfall unterbleiben. Es hätte also formuliert werden können : Nicht weil das Verhältnismässigkeitskriterium als solches entfällt, braucht es im Einzelfall nicht nachgeprüft zu werden, sondern weil seine Erfüllung unterstellt werden kann.

Die Bedeutung dieser Einschränkung einer vereinfachenden, generalisierenden Betrachtungsweise liegt einmal im dogmatischen Bereich : Das Verhältnismässigkeitsprinzip bleibt als materielles Zulässigkeitskriterium kartellmässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der Missbrauchskontrolle bestehen; seine Nachprüfung kann zwar möglicherweise beim Vorliegen bestimmter ausgewählter Anhaltspunkte entfallen und auf diese Weise in bestimmten Fallgruppen zugunsten generalisierender Lösungen eingeschränkt werden, aber es bewahrt seine Gültigkeit eben bei der Aufstellung generalisierender Lösung durch Auswahl der Anhaltspunkte. Das Aufstellen derartiger genereller Lösungen berührt also nicht die Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips als materielles Missbrauchskriterium, sondern es handelt sich um Fragen des praktischen Vorgehens der Kartellbehörde bei der Nachprüfung der Erfüllung des Verhältnismässigkeitskriteriums. Diese werden noch zu behandeln sein.[1)]

---

1) unten S. 117 ff.

Die praktische Bedeutung dieses Ergebnisses liegt in der Vermeidung vorschneller genereller Urteile : Durch Bezugnahme auf das Verhältnismässigkeitskriterium werden unzweckmässige Generalisierungen vermieden, insbesondere wird vermieden, dass Generalisierungen, die für eine bestimmte Gruppe von Fällen geeignet sein mögen, ohne Unterschied auf andere Bereiche, wo sie nicht zweckmässig sind, übertragen werden. Hier sei als Beispiel auf die oben (S.18 ff) dargestellten Fälle des Ausschlusses letzten Wettbewerbs bei Rabattkartellen zurückgegriffen. Wenngleich mit Ausschluss letzten Wettbewerbs bei Rabattkartellen auch immer Unverhältnismässigkeit und damit Missbrauch vorlag, so dass in diesen Fällen eine Beschränkung der Prüfung auf den Wettbewerbsausschluß zulässig war, so hätte eine Bezugnahme auf das übergeordnete Verhältnismässigkeitskriterium durch die Behörde und die Gerichte es vermeiden lassen, dass Versuche gemacht wurden, den Wettbewerbsausschluss für sich genommen als Zweckmässigkeitskriterium auch für andere nicht geeignete Fälle zu verselbständigen, sei es an Stelle, sei es neben dem Verhältnismässigkeitsgesichtspunkt.[1)]

---

1) Als Beispiel einer solchen unzulässigen Verselbständigung vergl. oben S. 27; weiterhin auch Boege S. 17, Sarnighausen S. 67, Christl BB 60, 299.

III. Der Inhalt der Verhältnismässigkeitsprüfung.

Bei der Erörterung der Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Rahmen der Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 2, 3 wurde bereits festgestellt, dass das Verhältnismässigkeitserfordernis eine Qualifizierung der Beziehung zwischen dem Mittel einer Wettbewerbsbeschränkung und ihrem wirtschaftspolitisch erheblichen Nutzerfolg darstellt.[1] Zur Abwägung des Ausmasses des Nutzeffektes mit dem der Wettbewerbsbeschränkung kommt es erst, wenn diese Beziehung bereits dahingehend bestimmt ist, dass die vorliegende Wettbewerbsbeschränkung geeignet und notwendig ist, einen bestimmten Erfolg, der zu ihrer Rechtfertigung in Frage kommt, zu ermöglichen. Beinhaltet auf diese Weise das Verhältnismässigkeitserfordernis in einem weiteren Sinne das Notwendigkeitsmerkmal,[2] so besteht die eigentliche Nutzen-Schadenabwägung (Verhältnismässigkeitserfordernis im engeren Sinn) in der Ermittlung des Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkungen einerseits und des Gewichtes des Nutzerfolges andererseits und der Gegenüberstellung beider Grössen. Im folgenden sollen zunächst beide Grössen für sich dargestellt und sodann die eigentliche abwägende Gegenüberstellung charakterisiert werden.

A) Die Wettbewerbsbeschränkung.

Die Nachprüfung des Verhältnismässigkeitskriteriums als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Wettbewerbsbeschränkung setzt erst dann ein, wenn feststeht, dass ein kartellmässiger wettbewerbsbeschränkender Vertrag oder Beschluss im Sinne des § 1 GWB vorliegt. Im

---

1) oben S. 14

2) Vergl. auch oben S. 3 , sowie auch Deringer im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 5 Rdn. 80.

Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sind infolgedessen keinerlei Fragen dahingehend zu prüfen, ob tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist und ob sie die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllt. Eine dogmatische Bestimmung des Begriffs des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung im allgemeinen, sowie der besonderen Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB kann daher hier unterbleiben. Auf derartige Fragen soll nur dort eingegangen werden, wo dies die Beurteilung des Gegenstandes der Verhältnismässigkeitsprüfung - die Wettbewerbsbeschränkung, die den Tatbestand des § 1 bereits erfüllt, im Hinblick auf ihr Ausmass und volkswirtschaftliches Gewicht notwendig macht.

Dasselbe gilt für die Beachtlichkeit der Zielsetzungen, die hinter dem Gesetzeszweck des Wettbewerbsschutzes stehen. Bei der Erörterung des Zwecks des Wettbewerbsbeschränkungsverbots wurde festgestellt, dass eine Rangfolge der Zielsetzung besteht : Schutz des Wettbewerbs - (dies wegen seiner) günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen - (diese wegen ihrer) Bedeutung für a) Gesamtwirtschaft b) Individualinteressen und -rechte.[1] Wenn in dieser Zweckhierarchie das jeweils früher genannte Schutzobjekt auch nur um des hinter ihm stehenden Zieles willen geschützt wird, so wird dieses spätere Ziel doch nur insofern relevant als es in einer bestimmten Weise durch den vorgeordneten Gesichtspunkt geschützt werden soll. Es kann daher nicht unmittelbar auf die Ziele des Individualschutzes oder des gesamtwirtschaftlichen Interesses abgestellt werden, da diese Zwecke sich auch auf anderem Wege hätten verfolgen lassen. Wenn auch die Verhältnismässigkeitsprüfung als Nützlichkeits-Schädlichkeitsabwägung zur Realisierung dieser materiellen Gesetzeszwecke dienen soll, kann daher doch nur zunächst immer auf das vorgeordnete Ziel zurückge-

1) wobei die Einbeziehung letzterer als strittig offengelassen wurde, oben S. 51

griffen werden und der dahinterstehende weitere Zweck nur insoweit berücksichtigt werden, als es zur näheren Bestimmung des vorgeordneten Ziels notwendig ist.[1)]

1. Die Wettbewerbsbeschränkung unter den Beteiligten (Innenverhältnis)

Ausgangspunkt von Kartellierungen im Sinne des § 1 GWB ist die Beschränkung des Wettbewerbs unter den Beteiligten durch Einschränkung ihrer Wettbewerbsfreiheit.[2)] Die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung lässt sich also zunächst nach dem Ausmass der Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten bemessen.

Bei Erlaubniskartellen und Kartellen innerhalb der Bereichsausnahmen ist vom Zulassungstatbestand her eine Einschränkung der Arten ausschliessbarer Wettbewerbselemente nicht gegeben. Es kommt hier darauf an,

a) welche Wettbewerbselemente ausgeschlossen werden, ob z.B. Hauptleistungswettbewerbselemente, wie der Preis oder Qualitätswettbewerb ausgeschlossen werden, oder ob es sich um Wettbewerbselemente geringerer Bedeutung handelt;

b) ob der Wettbewerb nur in einzelnen oder in mehreren Elementen oder völlig unter den Beteiligten ausgeschlossen wird.[3)] Letzteres ist z.B. die Wirkung marktaufteilender Kartelle.

c) wie intensiv der Ausschluss einzelner Wettbewerbselemente ist : Preisrichtlinien z.B. sind weniger einschneidende Beschränkungen als Festpreisvereinbarungen - und inwieweit die vereinbarte Handhabung der Wettbewerbsbeschränkung strikt oder weniger strikt ist, ob also z.B. bei Vorliegen bestimmter

1) Vergl. Knöpfle, op.cit. S. 154

2) Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 1 Rdn. 29; Deringer, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 5 Rdn. 79

3) Vergl. Deringer im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 5 Rdn. 80

Gründe ein Abweichen von der Vereinbarung möglich ist.[1]

Rabatt- und Konditionenkartelle, sowie Normen- und Typenkartelle sind schon vom Zulassungstatbestand her auf den Ausschluss bestimmter Wettbewerbselemente beschränkt. Aber auch hier schwankt die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung unter den Beteiligten : Die Ausschaltung eines Wettbewerbselements hat tiefgreifendere Wirkungen, wenn viele oder sämtliche anderen Wettbewerbsmöglichkeiten bereits entfallen, als bei ihrer vollen Wirksamkeit. Hier werden die Fälle der Kombinationen von Wettbewerbsbeschränkungen und des Fehlens sonstigen Wettbewerbs unter den Beteiligten aus tatsächlichen Gründen für die Verhältnismässigkeitsprüfung erheblich.[2]

2. Die Wettbewerbsbeschränkung am Markt (Aussenverhältnis).

Nach dem Ausmass der Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten sind die Auswirkungen dieser Wettbewerbsbeschränkung am Markt zu prüfen. Das Bundeskartellamt liess es in der Einspruchsentscheidung vom 16.12.1962 [3] zunächst dahingestellt sein, ob bei der Verhältnismässigkeitsprüfung unter dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung nur die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Kartellmitglieder zu verstehen sei, oder auch die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Kartellierung auf dem in Frage kommenden Markt; es untersucht aber im folgenden beide Elemente. Auch in anderen Entscheidungen stellt es immer wieder auch auf den Wettbewerb ab, den das Kartell im Aussen-

---

1) Vergl. BKartA, Beschluss vom 20.12.1960, Radsatz, WuW/E 292.

2) Vergl. oben S. 21,22

3) Textillohnveredler II, WuW/E 569

verhältnis zu bestehen hat.[1] Dass es für das Verhältnismässigkeitskriterium entscheidend auf die Marktwirkung der Wettbewerbsbeschränkung ankommt, ergibt sich aus den hinter dem Wettbewerbsschutz stehenden Zielen des GWB : § 1 schützt nicht - jedenfalls nicht nur - die Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten (vergl. oben S. 51), sondern den Wettbewerb um seiner günstigen volkswirtschaftlichen Wirkungen willen, die sich am Markt - insbesondere bei der Bedarfsdeckung-konkretisieren.[2] Auf die Marktwirkung weist auch bereits der Wortlaut des § 1 GWB hin, wo von der Eignung der Wettbewerbsbeschränkung, "die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistung zu beeinflussen" die Rede ist.

a) Auswirkungen auf der Marktseite der an der Kartellierung Beteiligten.

aa) Beeinträchtigungen der institutionellen Wirkungen des Wettbewerbs.

Auf der Marktseite der Kartellbeteiligten richtet sich die Marktwirkung des Kartells zunächst nach den Marktanteilen der Kartellmitglieder, die zusammengenommen das Gewicht der Marktstellung des Kartells bestimmen. Steht der Marktanteil des Kartells fest, so hängt das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung des weiteren davon ab, welchen Intensitätsgrad der Aussenseiterwettbewerb erreicht und welche Substitutionskonkurrenz besteht.[3] Die für

---

1) Beschluss vom 20.7.1960, Niedersächsische Kalkwerke, WuW/E 224, Beschlüsse vom 30.5.1960 und 1.11.1961, Thomasphosphat I und II, WuW/E 211 und 389; Beschluss vom 20.3.1965, Ruhrstickstoff WuW/E 9[illegible] Vergl. auch Verfügung des Wirtschaftsministers von Baden-Württemberg vom 10.8.1960, WuW/E LKartB 22, "Walhalla".

2) Vergl. oben S.50 sowie v. Ditfurth, DB 65, 207 ff. (210)

3) Vergl. Deringer, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 5 Rd. 82.

die Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung im Innenverhältnis und die für die Marktwirkung erheblichen Grössen stehen bei der Gesamtbeurteilung der Wettbewerbsbeschränkung nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind in ihrem Verhältnis zueinander in Rechnung zu stellen. Treffen die Beschränkungen nur Werbeformen oder einzelne Konditionen oder sonstige Nebenformen des Wettbewerbs, so kann auch eine Vereinbarung, die sämtliche Marktbeteiligten erfasst, den Wettbewerb nicht völlig ausschalten (vorausgesetzt, dass diese Wettbewerbsformen nicht den letzten möglichen Wettbewerb auf diesem Markt darstellen). Andererseits ist auch ein Ausschluss sämtlicher Wettbewerbsformen unter den Beteiligten als entsprechend unbedeutend zu beurteilen, wenn der gesamte Marktanteil des Kartells geringfügig ist.[1)]

Mit der Beschränkung des Wettbewerbsstrebens der Beteiligten untereinander und dem Marktgewicht des Gesamtkartells ist nur die eigentliche kartellmässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB erfasst. Wie bereits oben[2)] erörtert, ermöglicht die durch die Kartellierung gewonnene Marktstellung den Kartellbeteiligten unter Umständen bei der Durchführung des Kartellvertrages wettbewerbsbeschränkende Massnahmen ausserhalb der eigentlichen Kartellierung, die keine zusätzliche vertragliche Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit eines Marktbeteiligten darstellen, sondern tatsächlicher Art sind. Da auch die Durchführung wettbewerbsbeschränkender Verträge bei der Missbrauchskontrolle Gegenstand der Verhältnismässigkeitsprüfung wird, gehört auch eine derartige Intensivierung der Wettbewerbsbeschränkung zu den Grössen, die bei der Beurteilung des Wettbewerbsbeschränkungsausmasses erheblich werden. Die Bestimmung der

---

1) Deringer, WuW, EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 Rdn. 52

2) S. 58

Marktanteile der Beteiligten, der Substitutions- und Aussenseiterkonkurrenz und sonstiger für die Marktwirkung einer Wettbewerbsbeschränkung erheblichen Grössen setzt voraus die Abgrenzung des im Einzelfall relevanten Marktes im Hinblick auf seinen Gegenstand, seine räumliche und zeitliche Ausdehnung. Es gelten hier diejenigen Kriterien, die auch zur Bestimmung des relevanten Marktes dort verwandt werden, wo das Gesetz direkten Bezug auf die Marktwirkung einer Wettbewerbsbeschränkung nimmt : §§ 5a Abs. 1, 6 Abs. 3 Nr. 2, 100 Abs. 1 Satz 3.[1)]

bb) Beeinträchtigung der Aussenseiterinteressen.

Bisher wurden mit der Feststellung der Innenwirkung der Wettbewerbsbeschränkung und der Marktstellung des Kartells sowie der zur Durchführung der Kartellierung dienenden Massnahmen nur die Beeinträchtigung der "institutionellen" Wirkungen des Wettbewerbs auf der Marktseite der Kartellbeteiligten angesprochen. Im folgenden ist zu untersuchen, inwieweit auch Interessenbeeinträchtigungen anderer auf derselben Seite stehenden Marktteilnehmer (Aussenseiter), die durch die Kartellierung bewirkt oder ermöglicht werden, im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind.[2)]

Mit der Kartellierung zusammenhängende Interessenbeeinträchtigungen von Aussenseitern sind einmal solche, die durch unmittelbar gegen die

---

1) Zur Bestimmung des relevanten Marktes : Günther, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, Heft 47 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1960; Schwenk, Der Marktbegriff, WuW 60, 3; Krusche, Marktverhalten und Wettbewerb 1961, S. 15ff., Schinkel, Die sachliche Abgrenzung des Marktes in § 22 GWB, Diss., Göttingen 1962.

2) Zur Unterscheidung zwischen "institutionellen Wirkungen" und Interessenbeeinträchtigungen BKartA, Beschluss vom 3.11.1960, Einheitshydraulik, WuW/E 276.

Aussenseiter gerichtete Massnahmen bewirkt werden, welche den Kartellbeteiligten auf Grund der durch die Kartellierung gewonnenen Marktmacht ermöglicht werden. Als derartige Massnahmen, die unmittelbar die Wettbewerbsfreiheit der Konkurrenten berühren, kommen in Frage : Sperre, Boykott, Errichtung von Frachtbasen am Sitz von Newcomers, Patentgemeinschaften, Treuerabatte. Sie richten sich unmittelbar auf Verstärkung der Marktstellung des Kartells und stellen ein wettbewerbsfremdes Mittel zum Ziel des Ausscheidens der Konkurrenten dar.[1] Sie haben direkt wettbewerbsbeschränkende Wirkung und sind daher ebenso wie die Zusammenfassung des Angebots in einer Hand durch Syndikatsaufkauf beim Thomasphosphatkartell[2] als Intensivierung der bereits bestehenden kartellmässigen Wettbewerbsbeschränkung zu werten. Diese Massnahmen sind demzufolge ebenfalls in die Verhältnismässigkeitsprüfung einzubeziehen, soweit sie nicht sogar eine unbillige Behinderung darstellen und als solche schon nach § 26 Abs. 2 GWB unzulässig sind.

Andererseits können sich auf Grund der Kartellierung Interessenbeeinträchtigungen der Aussenseiter auch ergeben, ohne dass die Kartellbeteiligten in Ausnutzung der Kartellmacht zu wettbewerbsfremden behindernden Massnahmen greifen : z.B. eine Verschlechterung der Marktlage der Konkurrenten wegen erhöhter Leistungen der Kartellbeteiligten, die diesen auf Grund einer mit der Wettbewerbsbeschränkung zusammenhängenden Erhöhung ihrer Leistungsfähigkeit ermöglicht wird.

Derartige Beeinträchtigungen der Aussenseiter sind, selbst wenn sie zum Ausscheiden eines Wettbewerbers vom Markt führen, nur die

---

1) Zu derartigen Massnahmen : BGH, Beschluss vom 6.12.1961, Franziskaner, WuW/E 461; Benisch, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 26 Abs. 2 Rdn. 45.

2) Vergl. oben S. 58

Kehrseite eines mittels einer Wettbewerbsbeschränkung im Kartellinnenverhältnis nach aussen hin intensivierten Leistungswettbewerbs; sie werden also gerade durch einen Effekt hervorgerufen, der nicht auf die negative Seite der Verhältnismässigkeitsprüfung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Nutzeffekt gehört.[1] Diese Wirkung hat der Gesetzgeber mit der Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen um bestimmter Nutzeffekte willen bewusst in Kauf genommen. Insofern ist dem Bundeskartellamt zuzustimmen, wenn es die Aussenseiterinteressen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung unberücksichtigt lassen will.[2]

b) Auswirkungen auf der Marktgegenseite

Auswirkungen der duch ein Kartell bewirkten Wettbewerbsbeschränkung konkretisieren sich auf der Marktgegenseite als Interessenbeeinträchtigungen der dort auftretenden Marktteilnehmer. Dies sind typischerweise Abnehmer bzw. beim Nachfragekartell Lieferanten der Kartellbeteiligten (Marktpartner).

aa) Interessenbeeinträchtigung der Marktpartner durch Ausnutzung der Marktstellung.

Interessenbeeinträchtigungen der Marktpartner können durch die Kartellbeteiligten einmal dadurch bewirkt werden, dass die Kartellbeteiligten die durch die Kartellierung gewonnene Marktstellung dazu

---

1) Es handelt sich um Veränderungen der Wettbewerbslage durch "Zustand", die nicht durch unmittelbar gegen den Wettbewerb gerichtete Massnahmen entstehen. Vergl. Borchardt-Fikentscher : Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957, S. 30 mit Beispielen für derartige Erweiterungen der Marktstellung, die bis zum Monopol führen können.

2) BKartA Beschluss vom 3.11.1960, Einheitshydraulik, WuW/E 276.

ausnutzen, sich auf Kosten ihrer Marktpartner Vorteile zu verschaffen durch Verschlechterung der Konditionen, Festsetzung überhöhter Preise etc. Diese Art von Interessenbeeinträchtigung ergibt sich nicht unmittelbar notwendigerweise aus der Wettbewerbsbeschränkung, sondern aus Massnahmen, die die Wettbewerbsbeschränkung nur ermöglicht. Es handelt sich hier um Fälle des Machtmissbrauchs, der als solcher bereits zu unterbinden ist, der aber nicht in die Verhältnismässigkeitsprüfung einzubeziehen ist.[1] Derartige Interessenbeeinträchtigungen der Marktpartner bleiben für die Verhältnismässigkeitsprüfung also ausser Betracht.

bb) Mit der Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar verbundene Interessenbeeinträchtigungen.

Unabhängig von Fällen des Machtmissbrauchs ergeben sich aus der Kartellierung Beeinträchtigungen des Marktpartnerinteresses, die unmittelbar mit der Wettbewerbsbeschränkung verbunden sind. Der Wettbewerbsbeschränkung unter den Kartellbeteiligten entspricht eine dadurch bewirkte Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Betätigungsfeldes der Marktpartner. Diese Beeinträchtigung kann einmal darin liegen, dass den Marktpartnern durch die Kartellierung bestimmte Wettbewerber als Anbieter oder Nachfrager entzogen werden. Eine solche Wirkung haben Gebiets-, Kundenschutz-, Submissions-, Absatzkontingentierungskartelle, Produktionsaufteilungs- und Spezialisierungskartelle, also sämtliche Kartellarten, die eine Markteinteilung bewirken.[2] Die Alternativen der Marktpartner werden wirtschaftlich gesehen mit demselben Effekt beeinträchtigt, wenn ihnen zwar keine

---

1) Vergl. oben S. 54 ff.

2) Lukes, Der Kartellvertrag, 1959, S. 154; BKartA, Beschluss vom 22.10.1962, Steinzeug II, WuW/E 528.

Anbieter oder Nachfrager entzogen werden, wenn die Kartellbeteiligten sich aber verpflichten, nur zu bestimmten Konditionen, Preisen oder sonstigen fixierten Bedingungen Geschäfte zu machen und auf diese Weise durch das "regelaufstellende" Kartell im Sinne von Lukes [1] den Marktpartnern das Interesse an der Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern bezüglich dieser Wettbewerbsleistungen genommen wird. Derartige Beeinträchtigungen der Wahlmöglichkeiten und der Betätigungsfreiheit der Marktpartner sind notwendigerweise und unmittelbar mit der jeweiligen kartellmässigen Wettbewerbsbeschränkung verbunden, ohne dass es besonderer Massnahmen in Ausnützung der Marktstellung des Kartells bedürfte.[2] Für die Beurteilung der Interessenbeeinträchtigung der Marktpartner sind zwei Gesichtspunkte massgeblich :

Einmal das Bestehen eines Interesses (und seine Grösse) am Vorhandensein des Wettbewerbs in den durch die Kartellierung beschränkten Formen,

zum zweiten das Ausmass der Einschränkungen der Realisierungsmöglichkeiten dieses Interesses.

Die zweite Grösse ist gleichbedeutend mit der Reduzierung der Wahlmöglichkeiten und Marktchancen der Marktpartner durch die Wettbewerbsbeschränkung unter den Kartellmitgliedern. Steht das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung auf der Seite der Kartellierenden nach Ermittlung der ausgeschlossenen Wettbewerbselemente des Marktanteils etc. fest, so hat eine zusätzliche Feststellung der Reduzierung der Wahlmöglichkeiten der Marktpartner keinen selbständigen Aussagewert mehr für die Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung im

---

1) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 151

2) Es sind dies die Wirkungen einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne Borchardt-Fikentschers : "Beeinträchtigung des Inaussichtstellens möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung der den Kunden offenstehenden Alternativen", Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957, S. 29

Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung. Die Beeinträchtigung der Marktpartneralternativen hat jedoch insofern eigenständige Bedeutung, als es um den ersten Aspekt der Interessenbeeinträchtigung, nämlich um die Grösse des Interesses am Bestehen des Wettbewerbs geht. Die Interessen der betroffenen Marktpartner am Bestand des Wettbewerbs unter den Kartellbeteiligten korrespondieren mit einem wichtigen Aspekt der wirtschaftspolitischen Zwecksetzung des Wettbewerbsschutzes. Die günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen, um derentwillen der Wettbewerb geschützt werden soll, konkretisieren sich bei der Bedarfsdeckung; insofern fallen - zumindest in der Regel - die Individualinteressen der Nachfrage - bzw. der Anbieter bezüglich des Nachfragewettbewerbs - mit dem gesamtwirtschaftlichen Interesse an der Erhaltung des Wettbewerbs zusammen.[1] Wenn der Regierungsentwurf von der "Tendenz des Wettbewerbs zur Leistungssteigerung und bestmöglichen Versorgung der Verbraucher" spricht,[2] so wird hier bereits diese Wechselbeziehung zwischen Marktpartnerinteresse am jeweils in Frage stehenden Wettbewerb und der Eignung dieses Wettbewerbs zur Verwirklichung des wirtschaftlichen Optimums angesprochen. Das Vorhandensein eines solchen Interesses am Wettbewerb hat Aussagewert für den volkswirtschaftlichen Nutzen dieses Wettbewerbs; die Beeinträchtigung dieses Interesses ist infolgedessen bei der Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung am Markt im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung mit einzubeziehen. Dies ergibt sich unabhängig von der Frage, ob die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als Individualinteresse der Marktpartner selbst Schutzzweck des Wettbewerbsbeschränkungsverbots ist oder nur reflexartig gefördert wird. Auf diese Problematik braucht daher hier nicht eingegangen zu werden.

---

1) Vergl. oben S. 51

2) Begründung AI, Anlage 1 zu Bundestagsdrucksache 1158.

Dies Ergebnis entspricht auch der Praxis des Bundeskartellamtes : Bei der Beurteilung der durch das Thomasphosphatkartell bewirkten Wettbewerbsbeschränkung nahm das Bundeskartellamt auf das Abnehmerinteresse als Bewertungselement Bezug : Es sei "zu berücksichtigen, dass es sich bei Thomasphosphat um ein Massenerzeugnis handelt, das äusserlich keine Unterschiede aufweist, so dass die Abnehmer, da der Preis sich stets nach dem Gehalt an Phosphorsäure richtet, im allgemeinen kein Interesse daran haben, Ware von einem bestimmten Werk zu erhalten."[1)]

B) Der zur Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung dienende Nutzerfolg.

Den verschiedenen Kartellen ist gemeinsam, dass auf der einen Seite der Verhältnismässigkeitsabwägung die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu untersuchen ist. Bezüglich der Wettbewerbsbeschränkung konnten daher die für die Beurteilung ihres Ausmasses erheblichen Wertungselemente gemeinsam für alle Kartellarten ermittelt werden. Bei der auf der anderen Seite der Verhältnismässigkeitsabwägung zu betrachtenden Grösse ist eine derartige Einheitlichkeit der Zielsetzung nicht gegeben. Das Gesetz erlaubt Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf Zwecke verschiedenster Arten. Eine Betrachtung nach einheitlichen Kriterien ist daher nicht durchführbar. Die Untersuchung muss sich infolgedessen darauf beschränken, die jeweils in Frage kommenden Nutzerfolge für die einzelnen Freistellungstatbestände getrennt herauszustellen.

Auf die in den Freistellungstatbeständen der Erlaubniskartelle im Gesetz ausdrücklich genannten Nutzerfolge wurde bereits bei den Untersuchungen

---

1) Beschluss vom 30.6.1960, Thomasphosphat I WuW/E 211; BKartA, Beschluss vom 20.12.1960, "Radsatz" WuW/E 292.

zum Verhältnismässigkeitsprinzip bei den Erlaubniskartellen eingegangen.[1] Ihre Untersuchung ist Gegenstand jeder Erlaubniserteilung und soll hier nicht noch einmal erneut vorgenommen werden. Die vorliegende Untersuchung wird sich vielmehr mit denjenigen Fällen befassen, bei denen der Freistellungstatbestand den Freistellungsnutzen nicht oder nicht vollständig benennt.

1. Konditionen- und Rabattkartelle.

Zulassungsgrund von Konditionenkartellen nach § 2 ist ihre Eignung zu einer Steigerung der Markttransparenz und zu einer damit verbundenen Intensivierung des Preis- und Qualitätswettbewerbs, da die Konditionenvereinheitlichung zur Vereinfachung der Geschäfte des Massenverkehrs, zur Erleichterung der Vertragsabwicklung und zur Vergleichbarmachung der Angebote dient. Im Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses wurde der Äquivalenzcharakter dieser Vorteile besonders unterstrichen, wenn es heisst : "Grundlage für die Zulassung solcher Abmachungen ist die Überzeugung, dass Konditionenkartelle Kartellabmachungen geringerer Art seien, bei denen lediglich darauf geachtet werden müsse, dass unmittelbare Wirkungen auf den Preis nicht eintreten und dass die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung durch die Vorteile der vorherigen Prüfung der Konditionen und ihrer Vereinheitlichung zumindest aufgewogen werden."[2]

Bezüglich der Zulassung von Rabattkartellen nach § 3 ist die Zwecksetzung ähnlich : Es soll die Markttransparenz gefördert, der Rabatt-

---

1) Vergl. oben S.80ffsowie S.3. ff. zu den ausdrücklich benannten Nutzzwecken im Einzelnen.
2) Bundestagsdrucksachen 3644, 1158; Bericht des Abgeordneten Kurlbaum zu § 1a.

schleuderei und der Preisdiskriminierung vorgebeugt und der Hauptleistungswettbewerb intensiviert werden.[1)]

2. Normen- und Typen- sowie Spezialisierungskartelle.

Die Zulassung von Normen- und Typenkartellen nach § 5 Abs. 1 erfolgt um bestimmter Vorteile willen, die sich unter dem Sammelbegriff des Rationalisierungsvorteils zusammenfassen lassen.[2)] Hierzu gehören nicht nur Vorteile auf der Seite der Kartellierenden, sondern auch eine Verbesserung der Bedarfsdeckung.[3)] Rationalisierungserfolge sind auch Ziel der Freistellung von Spezialisierungskartellen nach § 5a. § 5a enthält den Erfolg der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge bereits als ausdrücklich genanntes Tatbestandsmerkmal. Hier ist strittig, ob nicht, wenn unter dem Begriff der Rationalisierung in § 5a nicht schon wie in § 5 Abs. 2 die Verbesserung der Bedarfsbefriedigung erfasst ist, das Fehlen einer solchen Verbesserung zumindest als missbräuchlich aufzufassen ist.[4)] Umstritten ist hierbei, dass es Zweck der Freistellung aller Arten von Rationalisierungskartellen ist, auch den Abnehmern und insofern der Allgemeinheit Vorteile zu verschaffen.[5)] Es wird vielmehr argumentiert, die Einbeziehung des Verbraucherinteresses entspreche zwar den Gesetzeszielen, sei für die Beurteilung des Rationalisierungs-

---

1) Vergl. Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik, Abgeordneter Kurlbaum zu § 1b, Bundestagsdrucksachen 3644, 1158.

2) Vergl. auch oben S. 26

3) Vergl. § 5 Abs. 2, sowie Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik, Abgeordneter Kurlbaum zu § 3, Bundestagsdrucksachen 3644, 1158; Baumbach-Hefermehl § 5 GWB Rdn. 1

4) dafür Gutzler BB 65, 918; Rasch-Westrick § 5a Rdn. 4; Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 2 des Regierungsentwurfes, Bundestagsdrucksache IV/2564; dagegen Deringer, Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar § 5a Rdn. 29; Benisch DB 65, 1036; Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., § 5a Rdn. 6

5) Vergl. hierzu auch OLG Koblenz, Zeitgleiche Summenmessung, WuW/E OLG 64.

erfolges in § 5a aber dennoch nicht zu beachten, weil der Gesetzgeber bewusst nur bestimmte Merkmale des Rationalisierungserfolges herausgestellt habe, und damit nicht nur "vermutet" sondern "entschieden" habe, dass mit Erfüllung dieser Voraussetzungen auch die weiteren Erfordernisse erfüllt seien. Zu dieser Argumentation kann auf die Untersuchung der Frage verwiesen werden, ob in den Freistellungsbeständen nicht genannte Freistellungszwecke bei der Missbrauchskontrolle zu berücksichtigen sind.[1] Ohne dass es darauf ankommt, ob sich die Notwendigkeit einer Weitergabe von Rationalisierungsvorteilen an die Abnehmer bereits aus dem Begriffe der Rationalisierung ergibt, ist dieses Moment jedenfalls im Rahmen der Missbrauchskontrolle bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen, da hier alles einzubeziehen ist, was zu dem der Freistellung vom Gesetzgeber zugrundegelegten "Äquivalent" gehört.

3. Kartelle nach den Bereichsausnahmen.

Den Sonderregelungen des 5. Teils des GWB, den "Bereichsausnahmen", ist es gemeinsam, dass sie bestimmte Arbeits- und Produktionsbedingungen berücksichtigen, die es zweifelhaft erscheinen lassen, ob der durch das GWB grundsätzlich geschützte Wettbewerb hier die gewünschten Ergebnisse mit sich bringt.[2] Die erstrebten Vorteile bestehen darin, Gefahren volkswirtschaftlicher Nachteile zu vermeiden, die sich bei unbeschränktem Wettbewerb ergeben könnten. Anknüpfungspunkt für die Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen sind hier die Besonderheiten der jeweiligen Wirtschaftszweige. Es lässt sich allgemein feststellen, dass der wirt-

---

1) oben S. 63 ff.

2) Vergl. Regierungsentwurf B I, 1 Bundestagsdrucksache 1158 Anlage 1; Wirtschaftspolitischer Ausschuss im Generalbericht C II, Bundestagsdrucksachen 3644, 1158; BGH, Beschluss vom 27.11.1964 WuW/E BGH 656.

schaftspolitische Erfolg einer solchen Wettbewerbsbeschränkung in der Verfolgung der sonst durch das grundsätzliche Wettbewerbsbeschränkungsverbot mittelbar geschützten Ziele des wirtschaftlichen Optimums und der bestmöglichen Versorgung der Verbraucher durch Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Wirtschaftszweige besteht. Nach diesen Besonderheiten differenzieren sich also die einzelnen Zulassungsgründe der Bereichsausnahmen.

a) Verkehrsträger

Die Freistellungen für Verkehrsträger in § 99 Abs. 2 : Besonderheiten der Verkehrswirtschaft bedingen es, dass eine optimale Befriedigung der Verkehrsbedürfnisse eine Koordination der Verkehrsleistungen voraussetzt. Genereller Freistellungszweck ist also die Gewährleistung der Ordnung und Leistungsfähigkeit des Verkehrs.

Im einzelnen ergibt sich als Freistellungszweck

für Seeschiffahrtsverträge :	die Ermöglichung eines regelmässigen internationalen Linienverkehrs,
für Binnenschiffahrt und Hafenunternehmen :	die Stabilisierung einer schwankenden Marktlage, bessere Kapazitätsausnutzung, Vermeidung von Disparitäten zwischen innerdeutschen und internationalen Frachten und gerechte Frachtverteilung,
für den Flugverkehr :	die Aufrechterhaltung eines sicheren und leistungsfähigen Linienverkehrs unter bestmöglicher Kapazitätsausnutzung.[1]

1) Vergl. Begründung zum Regierungsentwurf, Teil A VI, Bundestagsdrucksache 1158, Anlage 1; Dörinkel, Gemeinschaftskommentar § 104 Rdn. 4, 5, 6, 7.

b) Land-, Forst- und Fischwirtschaft

Die Bereichsausnahmen für Land-, Forst- und Fischwirtschaft des § 100 :
Sinn des § 100 ist es, die naturgegebenen Marktschwankungen und die natürlichen Nachteile der Produktion in den betreffenden Wirtschaftszweigen auszugleichen. Wettbewerbsbeschränkende Massnahmen werden daher insofern geduldet, als sie im Interesse der besonderen Verhältnisse dieses Wirtschaftszweiges Marktstabilisierungswirkung haben.[1)]

c) Kredit- und Versicherungswirtschaft und urheberrechtliche Verwertungsunternehmen.

Den Freistellungen der §§ 102 und 102a ist es gemeinsam, dass die von ihnen erfassten Wirtschaftszweige, das Kreditgewerbe, die Versicherungswirtschaft und die urheberrechtlichen Verwertungsunternehmen ohnehin schon unter staatlicher Aufsicht stehen. Die Freistellungs- und Missbrauchsvorschriften dienen einer Abgrenzung der Kartellaufsicht zu der daneben bestehenden Fachaufsicht. Der materielle Freistellungsgrund liegt auch hier in den besonderen Verhältnissen dieser Wirtschaftszweige. Die Freistellung dient dem Zweck der Vermeidung von Nachteilen, die durch unbeschränkten Wettbewerb hervorgerufen werden könnten : Die Auswirkungen des Kreditvolumens für die virulente Geldmenge entscheidet über deren Verhältnis zum Angebot an Gütern und Dienstleistungen und damit über den Wert der Währung nach innen und aussen, ihre Stabilität und die konjunkturelle Entwicklung. Die Grundsätze des Wettbewerbs für die Güterwirtschaft

---

1) Dörinkel, Gemeinschaftskommentar, § 104 Rdn. 8

lassen sich daher nicht ohne weiteres auf diesen Bereich übertragen.[1] Die Besonderheiten der Versicherungswirtschaft liegen einerseits in einer engen Verbindung des Kundeninteresses mit dem Bestand der Unternehmen, andererseits in der Unsicherheit der Kalkulationsgrundlagen, der beliebigen Vermehrbarkeit des Angebots, der Gefahr von Unterkostenprämien, der Unübersichtlichkeit des Marktes.[2]

Die Begründung zu § 102a [3] gibt keinen ausdrücklichen Anhaltspunkt für den Grund der Freistellung wettbewerbsbeschränkender Verträge im Bereich der Verwertungsgesellschaften. In der Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 15.7.1963 [4] wurde festgestellt, dass Verwertungsgesellschaften grundsätzlich keine Kartelle sind, da sie keinen wettbewerbsbeschränkenden Charakter haben, soweit sie die Verwertung der Urheberrechte erst ermöglichen. Auch die Bindung von Verwertungsgesellschaften ist jedoch in § 102a vom Verbot des § 1 freigestellt. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass die Ermöglichung der Urheberrechtsverwertung, auch wenn sie den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der Vereinbarung nicht beseitigt, so doch ihre Freistellung rechtfertigt. Andere wettbewerbsbeschränkende Verträge sind freigestellt, soweit sie sich auf die nach § 1 des Gesetzes "über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten" erlaubnisbedürftige Tätigkeit beziehen. Aus dieser Bezugnahme ergibt sich ihre Zweckbestimmung zur Förderung und Verbesserung der Verwertung der betreffenden Schutzrechte. Hierin liegt also der in § 102a geförderte Freistellungsnutzen.

---

1) Vergleiche Gleiss-Pollems, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 102 Rdn. 2

2) Vergl. Gleiss-Pollems, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 102 Rdn. 3; Boege, S. 36 ff.

3) Bundestagsdrucksache IV/271

4) "Verwertungsgesellschaften" WuW/E 704

d) Energieversorgungsunternehmen

§ 103 Abs. 1 stellt Verträge von Unternehmen der öffentlichen Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung mit gleichartigen Unternehmen oder Gebietskörperschaften frei. Besonderheiten der Versorgungswirtschaft liegen in der Leitungsgebundenheit von Elektrizität, Gas und Wasser, der mangelnden Speichermöglichkeit und der daraus resultierenden geringen Elastizität des Angebots, und der technischen Notwendigkeit hoher Kapitalanlagen.[1] Sie bringen es mit sich, dass hier Wettbewerbsbeschränkungen durch Gebietsabgrenzungen im Sinne einer geregelten und preisgünstigen Versorgung wirken können.[2] Es handelt sich also um eine Art von Rationalisierungskartellen.[3]

C) Die Gegenüberstellung von Wettbewerbsbeschränkung und Nutzerfolg

1. Der Aufbau der Verhältnismässigkeitsprüfung

Bei der Bestimmung der Beziehung zwischen einer Wettbewerbsbeschränkung und dem sie rechtfertigenden Nutzerfolg - im Hinblick auf die "Verhältnismässigkeit" im oben S. 3 gekennzeichneten Sinn : Nutzen-Schaden Abwägung bezüglich einer für einen bestimmten Zweck notwendigen Massnahme - lassen sich zwei Stufen unterscheiden : Vorgelagert ist die Ermittlung der Notwendigkeitsbeziehung; hier wiederum sind Vorfragen die Eignung der Wettbewerbsbeschränkung zum jeweiligen Zweck, die Möglichkeit anderer, weniger einschneidender Wettbewerbs-

---

1) Schelberger, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 103 Rdn. 3

2) Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 1158 Anlage 1, 2 zu § 77 entw. unter Nr. 1

3) OLG Koblenz, Beschluss vom 21.6.1963, Zeitgleiche Summenmessung, WuW/E OLG 614.

beschränkungen, die hypothetische Lage bei Unterbleiben jeder Wettbewerbsbeschränkung. Erst hierauf folgt die eigentliche Nutzen-Schadenabwägung der als notwendig festgestellten Wettbewerbsbeschränkung mit dem durch sie erreichbaren Erfolg, wie sie hier im Besonderen interessiert. Sie setzt voraus die Feststellung des Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und ihres Nutzerfolges andererseits und besteht in einem Vergleich zwischen beiden Grössen.

2. Charakterisierung der vergleichenden Abwägung

Dieser Vergleich soll die Antwort auf die Frage geben, ob ein bestimmter erreichbarer Nutzerfolg die vorliegende Wettbewerbsbeschränkung zu rechtfertigen vermag. Generelle Leitlinien der Verhältnismässigkeitsprüfung laufen dementsprechend dahingehend, dass einer Wettbewerbsbeschränkung weitgehenden Ausmasses auch ein überragender Nutzerfolg gegenüberzustehen hat, dass dagegen für eine unbedeutendere Wettbewerbsbeschränkung auch ein kleinerer Nutzerfolg zur Rechtfertigung genügen kann.[1] Derart generelle Leitlinien geben allerdings keinen Maßstab dafür ab, an welchem Punkte genau die Grenze zwischen einem angemessenen und einem unangemessenen Verhältnis beider Grössen zueinander liegt. Ein solcher Maßstab liesse sich nur dann finden, wenn sich die zu vergleichenden Grössen auf einer gemeinsamen Ebene träfen.

Eine derartige Vergleichbarkeit beider Grössen lässt sich am ehesten in den Fällen denken, wo der Nutzerfolg einer bestimmten Wettbewerbsbeschränkung in einer Intensivierung des Wettbewerbs an anderer Stelle

---

1) Deringer, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 5 Rdn. 78; Langen, Kommentar zum Kartellgesetz Rdn. 35 zu § 5.

besteht, wo also Beeinträchtigung und Förderung im Hinblick auf dieselbe Grösse, den Wettbewerb, zu messen sind. Bereits hier zeigen sich jedoch Schwierigkeiten : Es soll unterstellt werden, dass bei einem Rabatt- oder Konditionenkartell bereits ermittelt ist, in welchem Ausmass der Rabatt- bzw. Konditionenwettbewerb eingeschränkt ist, und dass andererseits eine gewisse Intensivierung des Hauptleistungswettbewerbs - insbesondere des Preiswettbewerbs - bewirkt wird, und dass auch das Ausmass dieser Förderung ermittelt ist. Dennoch ergibt sich die Entscheidung über das angemessene Verhältnis nicht zwingend. Anders als bei einfacher Subtraktion mathematisch zu ermittelnder Grössen, die nur quantitative Unterschiede aufweisen, handelt es sich letztlich um Qualifikationen, eine Wertentscheidung der Behörden zwischen Wirkungen verschiedener Wettbewerbsformen.[1] Zeigt sich, dass bereits im Hinblick auf die Frage einer Abwägung zwischen Beeinträchtigung und Förderung nur innerhalb des Wettbewerbsprinzips selbst eine wertende Entscheidung getroffen werden muss, os ergibt sich dieser Schluss erst recht für die Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und der Förderung völliger ausserhalb des eigentlichen Wettbewerbsschutzes liegender Ziele, also für die Abwägung mit Rationalisierungszwecken, Förderung eines planmässigen Kapazitätsabbaus, Exportförderung oder Abwendung von Gefahren für die Wirtschaftszweige der Bereichsausnahmen. Hier fehlt es völlig an einer unmittelbaren Vergleichsebene. Es handelt sich um Grössen, die gegenüber dem Wettbewerbsschutzzweck etwas der Qualität nach völlig anderes darstellen. Ein gemeinsamer Bezugspunkt lässt sich letztlich nur im Hinblick auf das gesamtwirtschaftliche Interesse finden. In allen diesen Fällen beruht die Feststellung der

---

1) Vergl. zu der Problematik wertender Entscheidung bei der Frage, ob letztlich mehr Wettbewerbsförderung oder Einschränkung vorliegt : Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 23, mit dem Beispiel einer ähnlichen Prüfung bei der Abwägung der wettbewerbsbeschränkenden mit den wettbewerbsfördernden Wirkungen einer vertikalen Preisbindung.

Verhältnismässigkeit daher auf einer wirtschaftspolitischen Wertentscheidung der Behörde, die diese zwar im Hinblick auf den gesamtwirtschaftlichen Nutzen vorzunehmen hat, bezüglich deren sie aber durch keinen strikten Maßstab gebunden ist. [1)]

Aus dem Charakter des Verhältnismässigkeits- bzw. Unverhältnismässigkeitsurteils als einer wirtschaftspolitisch wertenden Entscheidung ergeben sich zweierlei Konsequenzen : vom Standpunkt der zur Kartellkontrolle zuständigen Behörde bedeutet die Möglichkeit der Kartellbeurteilung nach dem Verhältnismässigkeitsgesichtspunkt den Zuwachs eines Entscheidungsspielraums, der den ohnehin auf Grund anderer Zulässigkeitskriterien bestehenden Raum zur Wahrung wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte erweitert. Vom Standpunkt der Beteiligten aus dagegen ergibt sich, dass ganz unabhängig von denjenigen Schwierigkeiten, die im Rahmen der Tatsachenermittlung, bei der Beurteilung der Notwendigkeitsbeziehung und bei der Beurteilung des Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung und des Nutzerfolges - jeweils für sich genommen - auftreten, auch die eigentliche Verhältnismässigkeitsentscheidung als wirtschaftspolitische Wertung ein weiteres Moment der Unberechenbarkeit mit sich bringt.

---

1) Vergl. Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., § 5 Rdn. 35; Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 30

IV. Rechtsnatur und gerichtliche Nachprüfbarkeit des Verhältnismässigkeitskriteriums als Zulässigkeitsvoraussetzung von Wettbewerbsbeschränkungen.

A) Das Verhältnismässigkeitskriterium als unbestimmter Rechtsbegriff

Das Verhältnismässigkeitskriterium ist - ob Tatbestandsmerkmal einer Freistellungsvorschrift oder Missbrauchskriterium - eine Zulässigkeitsvoraussetzung von Wettbewerbsbeschränkungen; es entscheidet über die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung oder die Zulässigkeit eines Missbrauchseingriffs. Es gehört damit zu den Rechtsvoraussetzungen für Verwaltungsakte der Behörde. Soweit sich aus dem Wertungscharakter der Verhältnismässigkeitsbeurteilung ein Beurteilungsspielraum für die Behörde ergibt, handelt es sich infolgedessen nicht um einen Beurteilungsspielraum im Rahmen eines Rechtsfolgeermessens, sondern um einen Beurteilungsspielraum im Rahmen eines unbestimmten Rechtsbegriffs.[1)]

B) Die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Verhältnismässigkeitsentscheidungen der Kartellbehörde.

Verfügungen der Kartellbehörden sind von den Gerichten grundsätzlich voll nachprüfbar und zwar nach § 70 Abs. 4 GWB in Abweichung vom verwaltungsgerichtlichen Verfahren - § 114 VWGO - auch bezüglich der Zweckmässigkeit von Ermessensentscheidungen,[2)] soweit es sich nicht um die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung handelt. Es ist also von der grundsätzlich

---

1) Vergl. Zweigert, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 70 Rdn. 12.

2) Vergl. Zweigert, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 70 Rdn. 10; Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., § 70 Rdn. 29; Rasch-Westrick § 70 Rdn. 11.

vollständigen Nachprüfbarkeit der Verhältnismässigkeitsabwägung auszugehen; die Frage nach einem kontrollfreien Ermessensraum der Behörde stellt sich nur für die Fälle, bei denen die Verhältnismässigkeitsabwägung eine Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung beinhaltet.

1. Die Anwendbarkeit des § 70 Abs. 4 GWB auf unbestimmte Rechtsbegriffe.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Ausnahme von der Regel der vollständigen Nachprüfbarkeit ist, dass § 70 Abs. 4 GWB auch unbestimmte Rechtsbegriffe wie das Verhältnismässigkeitskriterium überhaupt erfasst.

Die Anwendbarkeit des § 70 Abs. 4 GWB auf unbestimmte Rechtsbegriffe, die Zulässigkeitsmerkmale von Wettbewerbsbeschränkungen sind, wird abgelehnt von Langen.[1] Eine Begrenzung der Anwendbarkeit des § 70 Abs. 4 GWB auf das Rechtsfolgeermessen wäre dann möglich - wiewohl auch in diesen Fällen bestritten[2] -, wenn, wie Langen argumentiert, die unbestimmten Rechtsbegriffe nur eine einzige richtige Entscheidung zuliessen, wenn es also innerhalb dieser Zulässigkeitsmerkmale keinen eigentlichen "Ermessens"- oder "Beurteilungsspielraum" gäbe. Bei dieser Betrachtungsweise wären die Entscheidungen der Kartellbehörde in jeglicher Hinsicht bezüglich unbestimmter Rechtsbegriffe, wie des Verhältnismässigkeitskriteriums ohne die Einschränkung des § 70 Abs. 4, auch wenn sie eine Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung beinhalten, voll nachprüfbar.[3]

---

1) Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., § 70 Rdn. 22 ff.

2) Zweigert im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 70 Rdn. 12.

3) Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., § 70 Rdn. 22.

Die Einbeziehung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wie des Verhältnismässigkeitskriteriums in den Ermessensbegriff des § 70 Abs. 4 ergibt sich jedoch aus folgenden Erwägungen : Bei einer Rechtsvoraussetzung, deren Beurteilung eine Wertung verlangt, lässt sich die Problematik, ob nur eine einzige Entscheidung als richtige zugelassen ist, nicht mit dem für derartige Rechtsbegriffe üblicherweise vorgebrachten Argument erschöpfen, das Verhältnis sei entweder angemessen oder unangemessen (die Baugesinnung entweder "anständig" oder nicht etc.). Innerhalb des möglichen Bewertungsspielraums lässt sich nicht derart kategorisch von einer falschen oder richtigen Beurteilung sprechen, sondern nur von verschiedenen möglichen Ansichten. Insofern existiert hier also doch die Möglichkeit mehrerer richtiger Urteile.[1] Soweit sich daher hier für die Behörde im Rahmen eines unbestimmten Rechtsbegriffs ein Beurteilungsspielraum zur Wertung wie bei der Verhältnismässigkeitsentscheidung ergibt, ist er nicht anders zu behandeln wie ein Ermessensspielraum im Rahmen einer Rechtsfolgeentscheidung und dementsprechend in die Regelung des § 70 Abs. 4 GWB einzubeziehen.[2]

2. Würdigungen der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung als Bestandteil der Verhältnismässigkeitsprüfung.

Für die Anwendbarkeit der Ausnahme des § 70 Abs. 4 GWB von der Regel der vollen gerichtlichen Nachprüfbarkeit kommt es des weiteren darauf an, wann es sich bei Verhältnismässigkeitsentscheidungen um

---

1) Vergl. Bachof, JZ 55, 99; Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 32.

2) zu demselben Ergebnis kommen Zweigert, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 70, Rdn. 12; Rasch-Westrick § 70 Rdn. 12; Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 32; Benkendorff, WuW 58, 740 (747).

Beurteilungen der "gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung" handelt. Hierbei ist von der Aufgabe der Verhältnismässigkeitsprüfung auszugehen. Die Abgrenzung der nützlichen von den schädlichen Kartellen erfolgt zum Zwecke der gesamtwirtschaftlichen Belange.[1] Sowohl bezüglich der Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkung als auch bezüglich der Bedeutung des Nutzerfolges erfolgt die Beurteilung daher nicht nur im Hinblick auf die an der Kartellierung Teilnehmenden, sondern im Hinblick auf die Gesamtwirtschaft, d.h. auch bezüglich der mittelbar Betroffenen.[2] Während also die eigentliche Verhältnismässigkeitsabwägung, die in der Gegenüberstellung beider Grössen besteht, gerichtlich nachgeprüft werden kann, ist die bei der Beurteilung der Einzelgrössen vorzunehmende Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Lage nicht nachprüfbar.[3]

Vom Gesetz besonders betont wird die Notwendigkeit der Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Lage bei der Verhältnismässigkeitsprüfung in den Fällen, wo die Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen einer ausdrücklich vorgeschriebenen gesamtwirtschaftlichen Würdigung vorzunehmen ist, also bei Tatbestandsmerkmalen wie "Berücksichtigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" (§ 4), oder "Interesse

---

1) Baumbach-Hefermehl, § 5 GWB Rdn. 13; Deringer, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 5 GWB Rdn. 76, 77; BKartA, Beschluss vom 3.4.1963 "Armaturen", WuW/E 638; vergl. auch oben S. 15

2) Oben S.25ff.bezüglich der Wettbewerbsbeschränkung; S.103 bezüglich der Nutzerfolge am Beispiel der Spezialisierungskartelle

3) Vergl. Deringer, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 5 Rdn. 77; insofern kann auch dem Kammergericht nicht völlig zugestimmt werden, wenn es - im übrigen ohne nähere Begründung - die Nachprüfung des angemessenen Verhältnisses im Rahmen des Thomasphosphatkartells unter Berücksichtigung aller Umstände vornehmen will, weil es sich nicht um eine gesamtwirtschaftliche Wertung handele (KG, Beschluss vom 5.6.1963, WuW/E OLG 573).

der Allgemeinheit" an der Rationalisierung (§ 5 Abs. 3),[1] "Überwiegen des Interesses an der Erhaltung des Wettbewerbs" (§ 6 Abs. 3 Nr. 2), Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung aus "überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" (§ 8).[2]

1) Hierzu auch oben S. 15

2) Zur Frage der Verhältnismässigkeitsabwägung im Rahmen dieser Tatbestandsmerkmale oben S. 42 ff.

V. Die Verhältnismässigkeitsprüfung in der Praxis der Kartellbehörde

Die Nachprüfung der Verhältnismässigkeit im Einzelfall bedeutet eine Analyse des Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und des Ausmasses des Nutzerfolges andererseits. Diese kann verbunden mit der Feststellung der Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu dem betreffenden Nutzerfolg und mit der abschliessenden Nutzen-Schadenabwägung beider Grössen zu sehr umfassenden und komplizierten Untersuchungen führen. Diese Untersuchungen sind mit all den Nachteilen für Sicherheit und Praktikabilität der Rechtsanwendung verbunden, wie sie langwierigen Untersuchungen wirtschaftlicher Sachverhalte vor allem auch dann anhaften, wenn sie, wie es bei der Verhältnismässigkeitsprüfung der Fall ist, mit wirtschaftspolitischen Wertungen verbunden sind. Es wurde bereits festgestellt, dass die materielle Geltung des Verhältnismässigkeitskriteriums bei der Missbrauchskontrolle aus Gründen der Praktikabilität nicht eingeschränkt wird, dass diese Gründe aber dennoch möglicherweise zu einem Verzicht auf die Nachprüfung der Erfüllung dieses Kriteriums im Einzelfall führen können.[1] Es ist also hier die Frage zu behandeln, ob und inwieweit bei der Praxis der Kartellbehörde in jedem Einzelfall eine derartige Prüfung vorzunehmen ist, bzw. in welchem Ausmass darauf verzichtet werden kann. Diese Frage erhebt sich naturgemäss nur dort, wo die materielle Geltung des Verhältnismässigkeitserfordernisses feststeht, und nicht mehr dort, wo sich bereits aus dem Gesetz ein ausdrücklicher Verzicht auf das Verhältnismässigkeitserfordernis um der Vereinfachung der Rechtsanwendung willen ergibt.[2]

---

1) Vergl. oben S. 87

2) Vergl. oben S. 77, 78; 83

Für die Praxis der Behörde ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität folgende Abstufungsmöglichkeiten der Nachprüfbarkeit, deren Verwirklichung im Weiteren zu untersuchen ist.

--- Vollständige Untersuchung des angemessenen Verhältnisses in jedem Einzelfall.

--- Widerlegbare Vermutung der Verhältnismässigkeit bzw. Unverhältnismässigkeit bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen und Nachprüfung der Verhältnismässigkeit im Einzelfall nur bei Vorliegen besonderer, die Vermutung widerlegender Anhaltspunkte.

--- Unwiderlegbare Vermutung der Verhältnismässigkeit bzw. der Unverhältnismässigkeit bei Feststellung bestimmter Voraussetzungen; keinerlei Verhältnismässigkeitsabwägung im Einzelfall.

A) Die Prüfung des Verhältnismässigkeitserfordernisses als Voraussetzung eines Freistellungstatbestandes.

Es hatte sich ergeben, dass das Verhältnismässigkeitserfordernis als Voraussetzung eines Freistellungstatbestandes nicht nur in der Regelung des § 5 Abs. 2 und 3, sondern auch in § 8 und für bestimmte schwerer wiegende Fälle in §§ 4, 6 Abs. 2 und 7 zu finden ist. Diese Freistellungstatbestände sind im Erlaubnisverfahren in allen ihren Voraussetzungen zu prüfen und dementsprechend auch im Einzelfall bezüglich des ausdrücklich oder inzident aufgestellten Verhältnismässigkeitserfordernisses.

Eine Ausnahme machte das Bundeskartellamt in seinen Verwaltungsvorschriften vom 3.7.1963 [1] durch die Aufstellung einer widerlegbaren Vermutung zugunsten des angemessenen Verhältnisses bei Speziali-

1) WuW 63, S. 800

sierungskartellen nach § 5 Abs. 2 alter Fassung.

Hiernach sollte der Rationalisierungserfolg als dem ersten Anschein nach in angemessenem Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehend angesehen werden, soweit die Regelung nicht dazu führe, dass beteiligte Unternehmen für die von der Spezialisierung betroffene Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1,2 GWB in einem nicht nur örtlich begrenzten Gebiet erlangen oder verstärken. Die Verhältnismässigkeitsprüfung verschwand damit - ohne, dass die sachliche Geltung des Verhältnismässigkeitserfordernisses dadurch berührt wurde - für den Regelfall aus dem Erlaubnisverfahren für Spezialisierungskartelle nach § 5 Abs. 2 alter Fassung. Anknüpfungspunkt der Vermutung war die Erfüllung der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Spezialisierungskartells. Mit der Neuregelung des § 5a entfiel jedoch das Verhältnismässigkeitserfordernis als Voraussetzung des Freistellungstatbestandes von Spezialisierungskartellen; seine Nachprüfbarkeit folgt nunmehr den Regeln des Missbrauchsverfahrens.

B) Die Prüfung des Verhältnismässigkeitserfordernisses im Rahmen der Missbrauchskontrolle.

1. Die kartellmässige Wettbewerbsbeschränkung

a) Die an die Erfüllung des Freistellungstatbestandes anknüpfende Vermutung der Verhältnismässigkeit.

Es wurde bereits erörtert,[1)] dass die Missbrauchskontrolle der Korrektur von Einzelfällen dient, die von der mit dem

1) oben S. 65

Vorliegen der Voraussetzungen des jeweiligen Ausnahmetatbestandes für den Regelfall vermuteten Zweckmässigkeit abweichen. Mit dem Vorliegen der vorläufigen Zulässigkeit, wie sie mit der Erfüllung eines Freistellungstatbestandes gegeben ist, wird also auch die endgültige materielle Zulässigkeit des Kartells vermutet; die Missbrauchskontrolle kann nur bei besonderen Anhaltspunkten der Zweckwidrigkeit eingreifen. Dem entspricht die Verteilung der Beweislast im Missbrauchsverfahren : während die tatbestandsmässigen Voraussetzungen einer Erlaubniserteilung vom Antragsteller zu beweisen sind, muss die Kartellbehörde sämtliche Voraussetzungen eines Missbrauchseingriffs erbringen.[1)]

aa) Die Widerlegbarkeit der Vermutung.

Soweit es sich um Verhältnismässigkeitserfordernis als Missbrauchskriterium handelt, hat die Behörde also bei Vorliegen der Voraussetzungen des jeweiligen Freistellungstatbestandes von der Vermutung des angemessenen Verhältnisses auszugehen. Diese Vermutung ist eine widerlegbare, d.h. eine Verhältnismässigkeitsprüfung des Einzelfalles bleibt dann möglich, wenn sich besondere, die Vermutung widerlegende Anhaltspunkte zeigen. Die Widerlegbarkeit der Vermutung ergibt sich aus Existenz und Zweck der Missbrauchskontrolle : mit der Erfüllung des Freistellungstatbestandes ist nur ein vorläufiges, kein abschliessendes Urteil über die Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung gesprochen.[2)]

---

1) Vergl. Junge im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 55 Rdn. 2

2) Vergl. oben S. 35, 65

Bei grundsätzlicher Anerkennung dieser Aufgabe der Missbrauchsaufsicht als Korrekturinstanz für Einzelfälle, die von der mit der Erfüllung des Freistellungstatbestandes verbundenen Zweckmässigkeitserwartung abweichen, will Boege dennoch eine unwiderlegbare Vermutung der Verhältnismässigkeit und Notwendigkeit an die Erfüllung der Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 für Versicherungsprämienkartelle knüpfen : der Gesetzgeber habe das Vorliegen dieser Voraussetzungen mit der Erfüllung des Freistellungstatbestandes unterstellt, sie seien daher in keinem Fall mehr nachzuprüfen. Zur Begründung betont er die Schwierigkeiten der Feststellung, ob ein Versicherungsprämienkartell notwendig und verhältnismässig sei.[1)]

Hier wird die grundsätzliche Frage berührt, ob es angesichts der Korrekturaufgabe der Missbrauchsaufsicht zulässig sein kann, um der Vereinfachung der Rechtsanwendung willen bei bestimmten Kartellarten, soweit der Freistellungstatbestand erfüllt ist, Zweckmässigkeitserwägungen wie die Verhältnismässigkeitsprüfung von vornherein durch unwiderlegbare Vermutungen völlig abzuschneiden. Diese Frage soll in einer Auseinandersetzung mit der dargelegten These Boeges behandelt werden. Sie unterscheidet sich von der oben[2)] erwähnten These Deringers dadurch, dass hier nicht angenommen wird, in jedem Fall seien Zweckerwägungen durch Erfüllung des Freistellungstatbestandes für die Missbrauchsprüfung abgeschnitten, sondern dass angenommen wird, unwiderlegbare Vermutungen könnten bei bestimmten Fallgruppen notwendig werden.

---

1) Boege, S. 84 - zu den weiteren Ausführungen und der irreführenden Formulierung, dass das Verhältnismässigkeitskriterium "ausscheidet" oben S. 86, 87

2) oben S. 62 ff.

Die Schwierigkeiten einer Feststellung, ob ein Kartell im Einzelfall tatsächlich zur Vermeidung einer Gefahrenlage notwendig ist, sollen hier nicht in Abrede gestellt werden. Sie ergeben sich hauptsächlich aus dem Erfordernis der Ermittlung hypothetischer Entwicklungen.[1] Es erhebt sich hier aber doch die Frage, ob ihnen nicht auch mit der widerlegbaren Vermutung der "Notwendigkeit" (gleich Verhältnismässigkeit)[2] Genüge getan werden kann, wie sie sich ohnehin auf Grund des Verhältnisses des Freistellungstatbestandes zur Missbrauchskontrolle ergibt.

Selbst wenn sich die Feststellung, dass ein Versicherungskartell positiv "notwendig" ist, mangels Ermittelbarkeit der konkreten Gefahrenlage in keinem Fall eindeutig treffen liesse, so sind doch umgekehrt auch bei Versicherungsprämienkartellen durchaus Fälle denkbar, in denen sich die negative Feststellung, dass ein Kartell nicht "notwendig" ist, mit ausreichender Sicherheit treffen lässt. Hier kommen diejenigen Kartelle in Frage, die erkennbar nicht auf Vermeidung der typischen Gefahren der Versicherungsbranche ausgerichtet sind, sondern anderen Zwecken dienen.[3] Boege selbst liefert ein Beispiel für derartige Möglichkeiten, wenn er auf Kartelle hinweist, die aus einer befriedigenden wirtschaftlichen Situation nur zur Erhöhung der Preise beschlossen werden.[4] Soweit eine eindeutige Klärung der Notwendigkeitsfrage nicht möglich ist, hat sich die Behörde mit der Vermutung, dass das Kartell zweckmässig - d.h. notwendig und verhältnismässig - ist, weil es den Freistellungstatbestand erfüllt, zufrieden zu geben. Insofern wird dem Erfordernis der Praktikabilität der Rechtsanwendung in ausreichendem Masse Rechnung getragen. Es besteht kein Grund, dass sich die Kartellbehörde selbst darüber hinausgehend den Weg zu einer sachentsprechenden Behandlung eindeutig klärbarer Fälle durch Fixierung

---

1) Vergl. Boege S. 81-83

2) Vergl. oben S. 86

3) Hierzu Sarnighausen S. 101

4) Boege S. 86

einer unwiderlegbaren Vermutung verbauen soll. Dagen spricht vielmehr entscheidend die Überlegung, dass es mit der Aufgabe der Missbrauchsaufsicht, die Beachtung der materiellen Gesetzeszwecke über die Erfüllung des jeweiligen Freisteilungstatbestandes hinaus zu garantieren, nicht zu vereinen wäre, wenn aus Gründen der Vereinfachung des Verfahrens - desjenigen Verfahrens, das gerade dieser Aufgabe dienen soll - die Zweckmässigkeitsprüfung in jedem Fall abgeschnitten wäre. Boege beruft sich zu Unrecht auf die Entscheidung des OLG Koblenz vom 21.6.1963,[1] wo von den "generell vermuteten Voraussetzungen" des § 103 GWB ausgegangen wird.[2] Diese Entscheidung betont gerade die Bedeutung der Missbrauchskontrolle für die von der generellen Vermutung abweichenden Einzelfälle, will also keineswegs eine unwiderlegbare Vermutung aufstellen.

bb) Anhaltspunkte, die entgegen der Vermutung die Verhältnismässigkeitsprüfung eröffnen.

Es muss letztlich der Erfahrung der Kartellbehörde überlassen bleiben, bei welchen Fallgestaltungen sie einen Anlass zur Missbrauchsüberprüfung wegen Unverhältnismässigkeit als gegeben ansehen will. Im folgenden können nur die wichtigsten der in Frage kommenden Fallgruppen erörtert werden und Leitlinien für ihre Behandlung aufgestellt werden.

Unverhältnismässigkeit zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Nutzerfolg heisst : Eine Wettbewerbsbeschränkung ist unangemessen

---

1) Zeitgleiche Summenmessung, WuW/E OLG 612 ff.

2) Boege S. 85 Anm. 9

gross gegenüber dem mit ihr erreichbaren Nutzerfolg, bzw. umgekehrt formuliert : ein Nutzerfolg ist zu geringfügig, um eine gegebene Wettbewerbsbeschränkung zu rechtfertigen. Unverhältnismässigkeit eines Kartells erscheint infolgedessen dann indiziert, wenn sich das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung bzw. das des Nutzerfolges dem einen oder anderen Extrem zuneigt : wenn sich das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung also dem eines vollständigen Wettbewerbsausschlusses annähert oder ihn sogar erreicht, oder wenn der in Frage kommende Nutzerfolg kaum oder gar nicht in Erscheinung tritt. Unverhältnismässigkeit ist allerdings noch denkbar, wenn weder das eine noch das andere Extrem berührt wird, jedoch lassen sich derartige Möglichkeiten kaum mit ausreichender Deutlichkeit indizieren und werden deshalb in aller Regel durch die Vermutung der Verhältnismässigkeit gedeckt bleiben.

- Der weitgehende oder vollständige Wettbewerbsausschluss als Indiz der Unverhältnismässigkeit :

Die Indizwirkung des weitgehenden oder vollständigen Wettbewerbsausschlusses ist nicht einheitlich bei allen Kartellarten die gleiche. Bei denjenigen Kartellarten, deren Freistellungstatbestände (§§ 5a, 100 Abs. 1 S. 3) das Weiterbestehen von Wettbewerb in bestimmten Ausmassen vorschreiben - § 5a verlangt sogar das Weiterbestehen wesentlichen Wettbewerbs - so dass es bei Wettbewerbsausschluss garnicht mehr zur Missbrauchsprüfung kommen kann und daher auch eine Verhältnismässigkeitsprüfung nicht mehr möglich ist, bleibt als Unverhältnismässigkeitsindiz nur das zweite Extrem eines minimalen Nutzerfolges. Ähnlich verhält es sich bei Kartellen nach § 100 Abs. 7 : Die Beschränkung der Freistellung auf Beschlüsse von in ihrem Wirkungskreis örtlich eng begrenzten forstwirtschaftlichen Erzeugervereinigungen, lässt nur Kartelle

mit solch geringem Marktanteil zu, dass weitgehender oder völliger Wettbewerbsausschluss am Markt schon dem Freistellungstatbestand widersprechen würde und daher ohnehin verboten wäre.

Bezüglich der sonstigen Kartellarten hängt die Indizwirkung eines weitgehenden Wettbewerbsausschlusses davon ab, welches Ausmass von Wettbewerbsbeschränkung der Freistellungstatbestand als Regelfall erkennen lässt.

Bei Gebietsschutz-, Konzessions-, Preisschutz- und Verbundverträgen nach § 103 Abs. 1 GWB ist der Regelfall, für den die Ausnahme zu § 1 GWB geschaffen wurde, derjenige, dass bestimmten örtlichen Energieversorgungsmärkten einzelner Versorgungsunternehmen ausschliesslich zugestanden werden, dass also vom Wettbewerb befreite Monopolstellungen geschaffen werden. Auch vollständiger Wettbewerbsausschluss kann hier nicht die Wirkung eines Indizes der Unverhältnismässigkeit haben, da die Verfolgung der Nutzeffekte des § 103 Abs. 1 den Wettbewerbsausschluss geradezu als Normalfall vorsieht.[1] Aus demselben Grund entfällt die Indizwirkung eines weitgehenden Wettbewerbsausschlusses bei Versicherungskartellen nach § 102 Abs. 1 GWB, da auch hier regelmässig ein Wettbewerbsausschluss auf dem gesamten Markte notwendig wird.[2]

Bei den übrigen Kartellarten, die der Missbrauchsaufsicht bezüglich der Verhältnismässigkeit der kartellmässigen Wettbewerbsbeschränkung zu ihrem Nutzerfolg unterliegen - Kartellen nach §§ 2, 3, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1,[3] 11 Abs. 2, 99 Abs. 2, 102 Abs. 1 (Kartelle

---

1) Vergl. Schelberger, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., § 103 Rdn. 3
2) Vergl. Boege, S. 89
3) Bei Ausfuhrkartellen nach § 6 Abs. 1 kommen allerdings nur diejenigen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung in Betracht, die von der Missbrauchsaufsicht erfasst werden, d.h. die nicht unter § 6 Abs. 2 GWB fallenden Inlandsauswirkungen - vergl. oben S.39ff.

der Kreditwirtschaft) und § 102a, lässt sich ein weitgehender bzw. völliger Wettbewerbsausschluss nicht als notwendiger Regelfall erkennen. Hier ist von dem Grundsatz auszugehen, dass eine Annäherung der Wettbewerbsbeschränkung an das Extrem des völligen Wettbewerbsausschlusses Unverhältnismässigkeit indiziert.

Besonders stark ist die Indizwirkung bei Rabatt-, Konditionen-, Normen- und Typenkartellen. Sie lassen eine kartellmässige Wettbewerbsbeschränkung nur für bestimmte Wettbewerbsformen zu. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass es sich bei diesen Kartellarten um Wettbewerbsbeschränkungen geringerer Art handelt;[1] um so schwerwiegender ist hier ein weitgehender Wettbewerbsausschluss zu werten.

Konkrete Anhaltspunkte, die bei den letztgenannten Kartellen ihrerseits der Kartellbehörde Anlass zu der Prüfung geben, ob ein weitgehender oder vollständiger Wettbewerbsausschluss bewirkt wird, lassen sich den bereits vom Bundeskartellamt behandelten Fällen des Ausschlusses letzten Wettbewerbs entnehmen : Kombinationen mehrerer Wettbewerbsbeschränkungsarten, Zusammentreffen einer vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung mit einem Zustand des Fehlens sonstigen Wettbewerbs am Markte aus tatsächlichen Gründen.[2]

---

1) Vergl. BKartA Fensterglas II, Beschluss vom 22.12.1960; WuW/E 285; Wirtschaftspolitischer Ausschuss zu § 1a BT-Drucksachen 3644, 1158

2) Vergl. oben S. 21 und die S. 60 in Anm. 1, 2 genannten Entscheidungen; bezüglich der für die Ermittlung des Wettbewerbsausschlusses zu beachtenden Grössen : oben S. 89 ff.

- Der minimale Nutzeffekt als Indiz der Unverhältnismässigkeit :

Jedes Kartell bedeutet eine unverhältnismässige Wettbewerbsbeschränkung, wenn ein die Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigender Nutzerfolg überhaupt nicht erreichbar ist; bei jedem Kartell bedeutet daher die Feststellung eines nur minimalen Nutzerfolges ein starkes Indiz der Unverhältnismässigkeit. Die Indizwirkung des Fehlens oder nur minimalen Vorhandenseins eines Nutzerfolges ist bei allen Kartellarten gleichmässig vorhanden. Bei völligem Fehlen eines Nutzerfolges lässt sich allerdings nicht im strengen Sinne von einem Unverhältnismässigkeits-"indiz" sprechen, denn in diesen Fällen steht die Unverhältnismässigkeit endgültig fest. Da jedoch die Abgrenzung zwischen völligem Fehlen eines Nutzerfolges und einem nur minimalen Vorhandensein einerseits sehr schwierig sein kann und andererseits von keiner grossen praktischen Bedeutung ist, wenn in beiden Fällen das Kartell als unverhältnismässig zu beurteilen ist, erweist es sich für die Kartellbehörde als sachgerechter, Anhaltspunkte für das Fehlen bzw. nur minimale Vorhandensein eines Nutzeffektes einheitlich zunächst nur als Indize der Unverhältnismässigkeit aufzufassen.

Die Schwierigkeiten der Feststellung eines derartigen Indizes liegen hier mehr im Bereich der Ermittlung im Einzelfall : Soweit der einschlägige Nutzerfolg Bestandteil des Freistellungstatbestandes ist, wie in den §§ 5a und 6 Abs. 1, kann sich die Behörde auf das von den Anmeldenden dargelegte Material stützen. Stellt sie fest, dass der Nutzerfolg völlig ausfällt - sei es dass überhaupt kein Erfolg erreichbar erscheint, sei es, dass er zwar erreichbar erscheint, aber ohnehin eintreten würde, oder mit weniger bedeutsamen Eingriffen erreichbar wäre - so behandelt die Behörde ihn als durch § 1 verboten,

da der Grundfreistellungstatbestand nicht erfüllt ist. Stellt die Behörde fest, dass der dargelegte Nutzerfolg zwar in gewissem, aber doch nur sehr geringfügigem Ausmasse eintritt, so beginnt nunmehr die Missbrauchsprüfung mit der Fragestellung, ob ein derart kleiner Nutzerfolg noch eine Wettbewerbsbeschränkung des vorliegenden Ausmasses rechtfertigen kann. Bei Spezialisierungskartellen nach § 5a bezieht diese Prüfung nicht nur den in § 5a genannten Rationalisierungseffekt ein, sondern auch die angemessene Weitergabe der Vorteile an die Abnehmer.[1)]

Bei den Widerspruchskartellen der §§ 2, 3 und 5 Abs. 1 ist im Freistellungstatbestand keine ausdrückliche Bezugnahme auf den jeweiligen Nutzerfolg vorgenommen worden. Hier greift die Behörde dann im Rahmen der Missbrauchskontrolle ein, wenn sie auf Grund der sonstigen ihr bei der Anmeldung nach § 9 Abs. 2 bekannt werdenden Daten oder auf Grund von Tatsachen, die ihr während der Kartelldurchführung bekannt werden, zu Anhaltspunkten für das Fehlen eines ausreichenden Nutzerfolges kommt :

Da bei Konditionen- und Rabattkartellen der Nutzerfolg zum Bereich des Wettbewerbs gehört,[2)] ergibt sich die Feststellung seines Vorhandenseins und Ausmasses im Zusammenhang mit den Untersuchungen, die sich mit der Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens befassen.

Anhaltspunkte für das Fehlen von ausreichenden Rationalisierungserfolgen bei Normen- und Typenkartellen ergeben sich immer dann, wenn eine Einigung des Kartells zu den mit einer Normung oder

---

1) Vergl. oben S. 103, 104

2) Vergl. oben S. 102

Typung verfolgbaren Rationalisierungszwecken auf Grund der bereits vorhandenen Produktionsverhältnisse ausgeschlossen oder minimal erscheint.[1)]

Anhaltspunkte für das Fehlen des Freistellungsnutzens ergeben sich bei Kartellen nach den Bereichsausnahmen der §§ 99 Abs. 2, 100, 102, 102a, 103 immer dann, wenn sich diese Kartelle nicht an den Besonderheiten des jeweiligen Wirtschaftszweiges ausrichten.[2)] Dies ist in erkennbarer Weise dann der Fall, wenn die Kartellierung erklärter- oder durchsichtigermassen zu ausserhalb der gesetzlichen Zielsetzung liegenden Zwecken vorgenommen wird :

Handelt es sich um Zwecke, deren Verfolgung nach den Kriterien des Machtmissbrauchs zu unterbinden ist, wie die Durchsetzung nicht gerechtfertigter höherer Preise,[3)] so kann zwar der Missbrauchseingriff der Behörde wegen Machtmissbrauchs ohne weitere Verhältnismässigkeitsnachprüfung erfolgen; es steht der Behörde aber auch frei auf den Wegfall des Freistellungsnutzzwecks und damit die Verhältnismässigkeit abzustellen, wenn eine genaue Ermittlung der Machtmissbrauchsfrage Schwierigkeiten macht.[4)]

Soweit es sich um bereits auf eine gewisse Zeitdauer praktizierte Kartelle handelt, ergibt sich eine weitere Möglichkeit der Ermittlung des Fehlens eines ausreichenden Nutzerfolges unabhängig von der Feststellung der Verfolgung gesetzesfremder Zwecke : Stellt sich heraus, dass die Kartellierung keinerlei Verbesserung im Sinne des zu verfolgenden Nutzens erbracht hat, so ist das ein

---

1) Vergl. hierzu das Beispiel oben S. 26, 27

2) Vergl. oben S. 104

3) Vergl. oben S. 54

4) Zum Beispiel eins Versicherungsprämienkartells vergl. oben S. 122

Anhaltspunkt für die Nichteignung des Kartells, den Besonderheiten des betroffenen Wirtschaftszweiges gerecht zu werden. Hierzu sei auf das [1] genannte Beispiel eines Elektrizitätsversorgungs-Gebietsschutzkartells hingewiesen : Auch ohne konkrete Benachteiligung der Abnehmer hätte das reine Fehlen einer Verbesserung der Abnehmerstellung die Unverhältnismässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung wegen Unterbleibens des zu erwartenden Rationalisierungsnutzens bewirkt und somit einen Missbrauchseingriff gerechtfertigt.

b) Ablehnung der Möglichkeit von Vermutungen der Unverhältnismässigkeit bei bestimmten Anhaltspunkten.

Bezüglich der Frage, ob die Kartellbehörde an das Vorliegen eines der genannten Indizien für Unverhältnismässigkeit, die die grundsätzlich bestehende Vermutung der Verhältnismässigkeit ausser Kraft setzen, wiederum eine weitere Vermutung der Unverhältnismässigkeit - ob widerlegbar oder unwiderlegbar - knüpfen kann und sich dadurch von einer eingehenden Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall entlasten kann, ist von einem grundsätzlich anderen Ansatzpunkt auszugehen, als es bei der genannten Verhältnismässigkeitsvermutung der Fall war : Während jene die Erfüllung des Freistellungstatbestandes voraussetzte, müssen die hier in Frage kommenden Unverhältnismässigkeitsvermutungen allein nach den Prinzipien der Missbrauchsaufsicht zu rechtfertigen sein. Hierbei sind zwei entscheidende Gesichtspunkte zu berücksichtigen :

Einerseits dient die Missbrauchskontrolle der Ermittlung von Zweckwidrigkeiten; Zweckmässigkeitsnachprüfungen, wie die Verhältnismässigkeitserwägung, sind ihr also nicht schon als solche fremd,

---

1) oben S. 28, 29

sondern stehen im Zentrum ihrer Aufgabe. Andererseits haben die als Kartellbeteiligte Betroffenen aber ein Recht darauf, durch Missbrauchseingriffe nicht mehr als materiell gerechtfertigt in der ihnen durch einen Freistellungstatbestand zugestandenen Abschluss-und Gestaltungsfreiheit wettbewerbsbeschränkender Verträge und Beschlüsse beeinträchtigt zu werden. Es muss also jedesmal in concreto ein Missbrauchstatbestand konstatiert werden.[1)]

Angesichts dessen sind weitgehende Vermutungen nicht vertretbar, wenn sie zu Lasten der Betroffenen Zweckmässigkeitserwägungen abschneiden, soweit nicht die Durchführbarkeit des Missbrauchsverfahrens überhaupt dadurch erst ermöglicht wird. Ein derartiges Erfordernis ist hier aber nicht ersichtlich. Dem Gesichtspunkt der Vereinfachung des Verfahrens ist bereits mit der Ausgangsvermutung der Verhältnismässigkeit weitgehend Rechnung getragen. Eine weitere Einschränkung der materiellen Untersuchungen in den Einzelfällen, die dieser Vermutung einmal nicht entsprechen, würde den Gesichtspunkt der Praktikabilität des Verfahrens überdehnen. Die Kartellbehörde hat grundsätzlich, wenn sie zu einem Missbrauchsurteil wegen Unverhältnismässigkeit kommen will, die volle Verhältnismässigkeitsabwägung vorzunehmen; sie kann ihr Urteil also nicht einseitig auf das Indiz der weitgehenden Wettbewerbsbeschränkung bzw. des geringfügigen Nutzerfolges stützen, sondern muss auch die jeweils andere Grösse in die Betrachtung einbeziehen und zur Abwägung bringen.

Eine Beschränkung der Untersuchung auf die Ermittlung nur einer Grösse ist allerdings - ohne dass jedoch eine Unverhältnismässigkeits-

---

1) BKartA, Beschluss vom 1.11.1961, Thomasphosphat II, WuW/E 389 (391); zum Anspruch der Betroffenen auf Freiheit von Eingriffen der Behörde : Carl, NJW 63, 2302 ff.(2305)

vermutung vorgenommen werden muss - in denjenigen Fällen zulässig, in denen mit der Feststellung der einen Grösse auch bereits notwendigerweise eine endgültige Aussage über die Unverhältnismässigkeit verbunden ist. Bei der Feststellung des völligen Fehlens eines Rechtfertigungsnutzens bedarf es keiner Erörterung des Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung. Auch eine weniger einschneidende Wettbewerbsbeschränkung ist in solchen Fällen unverhältnismässig. Eine Kartellierung, deren Effekte sich in der reinen Wettbewerbsbeschränkung erschöpfen, wird in keinem Fall zugelassen. Hier wird die Kartellbehörde jedoch gerade auch um der Vereinfachung des Verfahrens willen auf eine Verhältnismässigkeitsabwägung zurückgreifen, indem sie unter Verweis auf das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung es dahingestellt sein lassen kann, ob überhaupt keiner oder doch ein geringfügiger Nutzeffekt eintreten kann, da auch in letzterem Fall jedenfalls Unverhältnismässigkeit vorliegt.

Der völlige Wettbewerbsausschluss stellt zwar nicht in allen Fällen einen Unverhältnismässigkeitstatbestand "per se" dar, bedeutet dies jedoch bei bestimmten Kartellarten : Bei Rabatt- und Konditionenkartellen ist mit der Feststellung des völligen Wettbewerbsausschlusses auch immer notwendigerweise eine Feststellung über den Wegfall des zentralen Freistellungsnutzens[1] und damit die Feststellung der Unverhältnismässigkeit verbunden. Es bedarf daher auch in diesen Fällen keiner weiteren Abwägung mehr.

---

1) Vergl. oben S. 24

2. Die in Ausführung eines Kartells verursachte Wettbewerbsbeschränkung.

Während die nach den Regeln eines Freistellungstatbestandes durch Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 1 kartellmässig zustandegekommenen Wettbewerbsbeschränkungen die Vermutung der Verhältnismässigkeit für sich in Anspruch nehmen können, handelt es sich bei den in Ausführung eines Kartells zustandegekommenen Wettbewerbsbeschränkungen um solche, die durch Ausübung der Kartellmacht unabhängig von der Erfüllung eines Freistellungstatbestandes durch tatsächliche Massnahmen entstehen.[1] Dementsprechend können solche Wettbewerbsbeschränkungen nicht die sich an die Erfüllung eines Freistellungstatbestandes anlehnende Vermutung der Verhältnismässigkeit für sich in Anspruch nehmen. Da derartiges Verhalten dem Bereich der Machtmissbrauchskontrolle angehört und dort bezüglich der Möglichkeit, die Beeinträchtigung eines Schutzzwecks durch einen bestimmten Nutzerfolg zu kompensieren, eine Ausnahmestellung innehat,[2] ist vielmehr umgekehrt davon auszugehen, dass mit der Beeinträchtigung des Wettbewerbsschutzprinzips Missbrauch indiziert ist und dass immer dann, wenn sich ein ausreichender Nutzeffekt nicht positiv nachweisen lässt, Missbrauch konstatiert werden muss.

Zusammenfassung :

Die Nachprüfung des angemessenen Verhältnisses muss die Kartellbehörde in jedem Einzelfall dort vornehmen, wo das Verhältnismässigkeitskriterium Voraussetzung der Erfüllung eines Freistellungstatbestandes ist.

---

1) Zu den in Frage kommenden Fällen vergl. oben S. 58 sowie die dort unter Fussnote 1 zitierten Entscheidungen zum Thomasphosphatsyndikat.

2) Vergl. oben S. 58

Im Rahmen der Missbrauchskontrolle ist bezüglich der kartellmässigen Wettbewerbsbeschränkung von der Vermutung der Verhältnismässigkeit auszugehen. Diese Vermutung hat die Erfüllung des Freistellungstatbestandes zur Voraussetzung und ist widerlegbar. Anhaltspunkte für eine Nachprüfung des Einzelfalles sind weitgehender Wettbewerbsausschluss und das Fehlen des Nutzeffektes. Vermutungen der Unverhältnismässigkeit sind nicht möglich. Bezüglich von Wettbewerbsbeschränkungen tatsächlicher Art, die bei der Kartelldurchführung bewirkt werden, scheidet eine Vermutung der Verhältnismässigkeit aus. Ein ausreichender Nutzeffekt ist in jedem Fall nachzuweisen.

3. ABSCHNITT

DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT IM WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGSRECHT DER EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTSGEMEINSCHAFT

I. Die Fragestellung nach dem Verhältnismässigkeitserfordernis in der Regelung des Art. 85 EWG-Vertrag.

Die Regelung des Rechts kollektiver Wettbewerbsbeschränkungen im EWG-Vertrag ist ähnlich der Kartellregelung im GWB aufgebaut. Besonders nahe steht ihr die Regelung von Rationalisierungskartellen nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB. Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag [1] enthält die dem § 1 GWB korrespondierende Grundsatzregel des Verbots von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Es werden hier wettbewerbsbeeinträchtigende Verhaltensweisen in einem weiteren Sinne erfasst, als dies bei § 1 GWB der Fall ist, andererseits ist jedoch eine Einengung der in Frage kommenden Wettbewerbsbeschränkungen insofern gegeben, als sie für den zwischenstaatlichen Handel relevant sein müssen. Zu diesem Verbot schafft Art. 85 Abs. 3 eine Ausnahmeregelung wesentlich allgemeinerer Art, als sie in den Freistellungstatbeständen der

---

1) Im folgenden zitierte Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche des EWG-Vertrages.

§§ 2 - 8 GWB besteht. Eine Genehmigung ist möglich, wenn einmal zwei alternativ zueinander bestehende positive Voraussetzungen vorliegen : Verbesserungen der Warenerzeugung oder Verteilung bzw. Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter angemessener Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn - und wenn zum anderen zwei negative Voraussetzungen vorliegen : es dürfen den beteiligten Unternehmen weder für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässliche Beschränkungen auferlegt werden, noch dürfen Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren, den Wettbewerb auszuschalten.

Im Rahmen dieser Freistellungsvoraussetzungen stellt sich die Frage nach dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit dahingehend, ob die zur Genehmigungserteilung nach Art. 9 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (VO 17) zuständige Kommission zulässigerweise nicht nur diese ausdrücklich vorgeschriebenen Kriterien nachprüfen kann, sondern bei der Feststellung ihres Vorliegens die Genehmigung noch von der zusätzlichen Bejahung eines angemessenen Verhältnisses der Nutzeffekte zu dem Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung abhängig machen kann. Im folgenden soll diese Frage durch Auslegung des Art. 85 Abs. 3 untersucht werden.[1)]

---

1) Diese Frage ist sehr strittig. - Für die Berücksichtigung des angemessenen Verhältnisses : Günther, WuW 1957, 281; Koch BB 59, 247; Baumbach-Hefermehl, Art. 85 Rdn. 30; Everling in Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung, Art. 85 Rdn. 17; v. Gamm, Das Kartellrecht im EWG-Bereich, S. 31; Deringer, Wettbewerbsrecht der EWG in WuW, Art. 85 Abs. 3 Rdn. 45; Spengler im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., EWG-Kartellrechtserläuterungen, Rdn. 40; Rasch-Westrick, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Art. 85 EWG-Vertrag Rdn. 46; Menges, WuW 63, 795; Steindorff AW/D des BB 63, 353; Blaise, "Le Statut Juridique des Ententes Economiques", S. 394; Ryziger, Gazette du Palais, 1963-I-Ooct-S.12ff. Dagegen : Kleemann, Die Wettbewerbsregeln der EWG, S. 52; Sölter WuW 61, 685; Gleiss-Hirsch, EWG-Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 85 Rdn. 138; Axster, Kartellrundschau, Heft 8 S. 159

II. Die Auslegung des Art. 85 Abs. 3 im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Verhältnismässigkeitsabwägung.

A) Die Versuche einer Ableitung des Verhältnismässigkeitsprinzips durch isolierende Betrachtung einzelner Formulierungen des Art. 85 Abs. 3.

Die bisherigen Versuche einer Herleitung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als Kriterium der Freistellungserklärung nach Art. 85 Abs. 3 gehen zum Teil von der Interpretation von Einzelmerkmalen des Art. 85 Abs. 3 aus. Als Grundlagen des Verhältnismässigkeitsprinzips wurden angesehen

1. die Formulierung "können für nicht anwendbar erklärt werden"
2. das Kriterium der angemessenen Beteiligung der Verbraucher
3. das Unerlässlichkeitsgebot des Art. 85 Abs. 3 Buchst. a)

1. Der Versuch der Herleitung des Verhältnismässigkeitserfordernisses aus der Formulierung : "können für nicht anwendbar erklärt werden".

a) Unerheblichkeit der Frage, ob gebundene Kompetenz oder Rechtsfolgeermessen.

Bezüglich der Interpretation der Formulierung "können" lassen sich zwei grundsätzlich verschiedene Positionen unterscheiden : Einmal wird davon ausgegangen, dass hiermit eine Ermächtigung zur Freistellung geschaffen ist, so dass mit Vorliegen der materiellen Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 die Kommission über die Rechtsfolge der Genehmigung noch nach ihrem Ermessen entscheiden kann.[1] Demgegenüber steht die herrschende Meinung

1) So die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Boschfall, Rechtssache 13/11, S. 11; H. van den Heuvel, CMLR 1966, S. 187.

aus Gründen der Angleichung der Interpretation des Art. 85 Abs. 3 an die entsprechende Vorschrift des Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag einerseits und aus Gründen des Rechtsschutzes der Beteiligten andererseits auf dem Standpunkt, die Kommission sei trotz des Wortes "können" nicht frei, sondern verpflichtet, bei Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 die Freistellungserklärung zu erteilen.[1)]

Die Frage, ob der Kommission ein Rechtsfolgeermessen zusteht, und ob bei dessen Ausübung auch Verhältnismässigkeitserwägungen anzustellen sind, stellt sich im Rahmen dieser Untersuchung sinnvollerweise erst dann, wenn feststeht, dass das Verhältnismässigkeitserfordernis nicht bereits zu den materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 gehört.[2)] Gehört das Verhältnismässigkeitserfordernis zu den Tatbestandsmerkmalen der Ermächtigungsnorm, so wäre die Bejahung des angemessenen Verhältnisses bereits Vorbedingung dafür, dass es überhaupt zu einer Ermessensausübung über die Rechtsfolge kommt. Bei Feststellung der Unverhältnismässigkeit müsste die Kartellbehörde, wie bei der Feststellung der Nichterfüllung einer der sonstigen materiellen Voraussetzungen des § 85 Abs. 3 die Genehmigung in jedem Fall verweigern, da in diesem Fall bereits die Ermächtigung zur Genehmigung entfiele. Die Frage, ob die Formulierung "kann" nur eine Ermächtigung zum Rechtsfolgeermessen oder eine Verpflichtung zur Freistellung beinhaltet, ist folglich unerheblich und kann dahingestellt bleiben, soweit sich im Laufe der weiteren Untersuchung ergibt,

---

1) Vergl. Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 III Rdn. 4 mit Nachweisen.

2) Diese Frage wäre im übrigen auch zu verneinen. Erwägungen im Rahmen des Rechtsfolgeermessens sind Opportunitätserwägungen, die mit den unmittelbaren materiellen Zwecken des Wettbewerbsrechts nichts zu tun haben - also z.B. taktische Überlegungen zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, Dringlichkeitsabwägungen etc. Vergl. Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 31

dass das Verhältnismässigkeitserfordernis zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 gehört.

b) Ablehnung der Ableitung einer Tatbestandsvoraussetzung aus der Formulierung "können".

Ausgehend von dem Standpunkt, der Kommission stehe kein Rechtsfolgeermessen zu, sondern sie sei verpflichtet, die Genehmigung zu erteilen, versucht MENGES[1] dennoch aus der Formulierung "kann" die Zulässigkeit von Verhältnismässigkeitserwägungen abzuleiten. Dies soll durch den Unterschied in der Formulierung des Art. 85 Abs. 3 als "Kann"-Vorschrift gegenüber der Formulierung des Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag zu rechtfertigen sein.

Hier liegt insofern ein zutreffender Gedanke zugrunde, als der Entscheidungsspielraum für die Nichtanwendbarkeitserklärung ein anderer und zwar weiterer ist bei Zulässigkeit einer Verhältnismässigkeitsabwägung, als er es wäre, wenn nur eine Prüfung der in Art. 85 Abs. 3 ausdrücklich genannten Voraussetzungen stattfinden dürfte.[2] Insofern bedeutet die Zulassung der Verhältnismässigkeitsabwägung einen Schritt in die Richtung derjenigen Entscheidungsfreiheit, die die Kommission bei Annahme eines Rechtsfolgeermessens hätte.

Dennoch ist eine derartige Ableitung des Verhältnismässigkeitsprinzips durch Auslegung der Formulierung "können" nicht möglich. Diese Formulierung lässt, wenn überhaupt, nur Aussagen über den Charakter der Rechtsfolgeentscheidung zu. Wenn MENGES bezüg-

---

1) WuW 63, S. 795

2) Vergl. zum Beurteilungsspielraum bei der Verhältnismässigkeitsabwägung oben S. 109 ff.

lich dieser Frage der Meinung ist, dass nur eine Genehmigungsverpflichtung und keine Ermessensermächtigung in Frage käme, so bedeutet das, dass die von ihm angestrebte Erweiterung des Beurteilungsspielraums nur die Folge der Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips als Tatbestandsmerkmal neben den anderen materiellen Freistellungsvoraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 sein kann. Es geht also darum, durch Interpretation der Rechtsfolgeformulierung "können" ein Merkmal des Rechtsvoraussetzungstatbestandes zu gewinnen. Bei der Textinterpretation sind jedoch die Rechtsfolge- und die Tatbestandsseite auseinanderzuhalten.[1)]

2. Der Versuch der Herleitung des Verhältnismässigkeitserfordernisses aus dem Kriterium der angemessenen Beteiligung der Verbraucher.

Beiden positiven Kriterien des Art. 85 Abs. 3 gemeinsam ist das Merkmal der angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn. SPENGLER[2)] liest aus dieser Formulierung heraus, dass "die vorgenommene Wettbewerbsbeschränkung in einem angemessenen Verhältnis zu der dabei herausspringenden Verbesserung der Bedarfsdeckung" stehen müsse. Dieser Schluss beruht auf einer unrichtigen Lokalisierung des Bezugspunktes für die Beurteilung der Angemessenheit der Verbraucherbeteiligung : Dieses Merkmal ist im Rahmen der Frage zu prüfen, ob überhaupt ein positiver Erfolg der Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Steht fest, dass einerseits eine

---

1) Diese Ablehnung betrifft nur den Ansatzpunkt der Menges'schen Auslegung. Bezüglich seiner sachlichen Gründe für die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips, die durchaus gerechtfertigt sind - Zweck der Trennung nützlicher und schädlicher Kartelle etc. - vergl. die folgenden Untersuchungen S.

2) Gemeinschaftskommentar, EWG-Kartellrecht, Erläuterungen, Rdn. 40

Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts bewirkt wird, so ist andererseits als weiteres zu prüfen, ob diese Erfolge sich auch auf der Seite der "Verbraucher"[1] niederschlagen. Dieser Verbrauchervorteil muss eine "angemessene Beteiligung am Gewinn" darstellen, wobei unter Beteiligung am Gwinn eine Beteiligung an jedem wirtschaftlichen Vorteil zu verstehen ist, den das Kartell für die Beteiligten mit sich bringt.[2] Die Angemessenheit dieser Beteiligung richtet sich nach dem Verhältnis, in dem die Vorteile von den Beteiligten an die Verbraucher weitergegeben werden.[3] Bezugs- und Vergleichspunkt der Prüfung der Angemessenheit der Verbraucherbeteiligung ist also nicht das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung, sondern das Ausmass der Vorteilsziehung durch die Beteiligten. Eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an den betreffenden Vorteilen ist Voraussetzung dafür, dass überhaupt ein Nutzeffekt im Sinne des Art. 85 Abs. 3 vorliegt, und erst, wenn dies feststeht, ist Raum gegeben für eine Verhältnismässigkeitsabwägung dieses Nutzens mit der Wettbewerbsbeschränkung.

3. Der Versuch der Herleitung des Verhältnismässigkeitsprinzips aus dem Unerlässlichkeitskriterium.

Die Ableitung des Verhältnismässigkeitsprinzips aus der Bestimmung des Art. 85 Abs. 3 Buchst. a) findet sich in der Literatur häufi-

---

1) Im weitesten Sinne, also auch Abnehmer, die nicht unbedingt Endverbraucher sein müssen; vergl. Deringer WuW, EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 Rdn. 30.

2) Deringer, WuW, EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 Rdn. 31.

3) Vergl. Deringer, WuW, EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 Rdn. 34, Baumbach-Hefermehl, Art. 85 Rdn. 28; Gleiss-Hirsch, Art. 85 Rdn. 117.

ger.[1] Es wird argumentiert, die in Art. 85 Abs. 3 Buchst. a) genannte Voraussetzung - Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung der positiven Ziele - enthalte bereits den Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Mittel und Zweck, woraus sich ergäbe, dass die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit in zumutbarer Relation zu den angestrebten Vorteilen stehen müsse. Diese Interpretation enthält eine Verwechslung des Verhältnismässigkeits- und des Erforderlichkeitsgrundsatzes.[2] Die Bestimmung des Art. 85 Abs. 3 Buchst. a) beinhaltet nach ihrem klaren Wortlaut das Gebot der Notwendigkeit des Mittels der Wettbewerbsbeschränkung zum jeweiligen Nutzzweck. In dem Notwendigkeitsgebot ist auch das Gebot des mildesten Mittels enthalten, d.h. das Gebot der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht nur nach Art, sondern auch nach Ausmass.[3] Will man, wie es in der deutschen verwaltungsrechlichen Literatur häufig geschieht, diese Prinzipien als "Übermassverbot" oder "Verhältnismässigkeitsgebot" bezeichnen, so darf man sich vom Sprachgebrauch nicht dazu verleiten lassen, das mit dem Notwendigkeitsgebot zwar eng verbundene, der Sache nach aber doch verschiedene Proportionalitätsprinzip - im Sinne der Nutzen - Schadenabwägung - daraus abzulesen.[4]

---

1) Koch, BB 59, 247; Everling in Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung, Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 85 Rdn. 18; v. Gamm, Das Kartellrecht im EWG-Bereich, S. 6; Baumbach-Hefermehl Art. 85 EWG-V. Rdn. 30. Versuche einer ähnlichen Ableitung bei Art. 65 EGKS-Vertrag : Matthies, Das Recht der Kartelle und Zusammenschlüsse in der Montanunion 1964, S. 11; Dormanns, Art. 65 MUV und das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 95.

2) Vergl. oben S.

3) Deringer, WuW, EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 Rdn. 45 mit weiteren Nachweisen

4) insofern mit Recht : Sölter, WuW 1961, 685

B) Die Ermittlung des Verhältnismässigkeitskriteriums durch Auslegung der Regelung des Art. 85 Abs. 3 in ihrer Gesamtheit.

Als bisheriges Ergebnis zeigte sich die Unmöglichkeit der Ableitung des Verhältnismässigkeitsprinzips aus einer der Einzelbestimmungen der Freistellungsnorm des Art. 85 Abs. 3. Damit ergibt sich als nächster Auslegungsschritt der Rückgriff auf die Betrachtung der Norm in ihrer Gesamtheit, d.h. auf den der Regelung einheitlich zugrundeliegenden Sinn und Zweck. Es wird also nicht mehr gefragt, ob die Berücksichtigung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Nutzerfolg, Inhalt einer der ausdrücklich genannten Einzelvoraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 ist, sondern ob Sinn und Zweck der Gesamtnorm es erfordern, dass neben den bereits ausdrücklich vorgeschriebenen Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 noch die weitere des Verhältnismässigkeitserfordernisses berücksichtigt wird. Bei der Ermittlung der Zwecksetzung der Norm kann Art. 85 Abs. 3 nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist als Ausnahmevorschrift zu Art. 85 Abs. 1 in seinem Zusammenspiel mit dieser Grundsatzregelung als Bestandteil der Gesamtvorschrift auszulegen. Es ist also auch die Zwecksetzung des Art. 85 Abs. 1 mit einzubeziehen.

1. Die Notwendigkeit des Verhältnismässigkeitskriteriums für die wirtschaftspolitische Zwecksetzung des Art. 85

a) Die Aufgabe des Art. 85 Abs. 3: Überwindung eines Konfliktes von Schutzzwecken

aa) Zweck des Grundsatzverbotes des Art. 85 Abs. 1 : Schutz des Wettbewerbes.

Art. 85 gehört zu denjenigen Vorschriften des EWG-Vertrages, mit denen die Mittel geschaffen werden zur Verfolgung der grundlegenden Ziele der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, und zwar dient er neben anderen Vorschriften (Art. 7, 92-94,

95-99) dem in Art. 3 Buchst. f niedergelegten Ziel der Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt. Die in Art. 3 enthaltenen Tätigkeitsziele der Gemeinschaft dienen den noch allgemeineren in Art. 2 niedergelegten Zwecken der Errichtung des gemeinsamen Marktes. Der Wettbewerbsschutz findet einmal seinen Grund darin, dass der Wettbewerb wesentliches Mittel zur Errichtung des gemeinsamen Marktes während der Übergangszeit ist, zum anderen aber auch darin, dass ihm auf dem einmal zustandegekommenen europäischen Markte als Lenkungsinstrument des Wirtschaftsablaufs eine entscheidende Rolle zukommt.[1] Es ergibt sich somit eine Zweckhierarchie, innerhalb deren für die hier interessierenden Fragen nur der letzte, unmittelbare Zweck der Regelung des Art. 85 Abs. 1 erheblich ist : der Schutz des Wettbewerbs in seinen für den gemeinsamen Markt erheblichen Beziehungen gegen von den Wettbewerbern selbst bewirkten Restriktionen.[2] Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sind nach dieser Wertung als solche schädlich und daher grundsätzlich verboten.[3]

---

1) Günther, Festschrift für Böhm, S. 281, Rdn. 4

2) Art. 85 Abs. 1 spricht von Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs - Begriffe, die in ihrer Gesamtheit dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im GWB entsprechen. Vergl. Baumbach-Hefermehl, Art. 85 Rdn. 14; Deringer, WuW, EWG-Wettbewerbsrecht Art. 85 Abs. 1 Rdn. 4. Es wird daher auch - weiterhin der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung zugrundegelegt.

3) Zu der Einordnung des Wettbewerbsbeschränkungsverbots als Bestandteil der Integrationsverfassung des EWG-Vertrages : Wilmanns, Die Gültigkeit von Kartellen nach Art. 85 EWG-Vertrag und der Verordnung Nr. 17 unter besonderer Berücksichtigung des Problems des internationalen Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen S. 11 ff.

bb) Zweck der Ausnahmeregelung des Art. 85 Abs. 3 : Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen um bestimmter Nutzeffekte willen.

Art. 85 Abs. 3 schafft mit seiner weitgefassten Ausnahmeregelung einen Vorbehalt zum Verbot des Art. 85 Abs. 1. Zum Verständnis des Sinnes dieses Vorbehaltes ist auch hier eine Unterscheidung zwischen unmittelbaren Zwecken und weiteren, hinter diesen unmittelbaren Zwecken stehenden Zielen nötig. Es wurde festgestellt, dass hinter dem Ziel des Wettbewerbsschutzes letzlich die in Art. 2 EWG-Vertrag niedergelegten, mit der Errichtung des gemeinsamen Marktes angestrebten, allgemeinen wirtschaftlichen Vertragsziele stehen : eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine grössere Stabilität und beschleunigte Hebung der Lebenshaltung. Die Förderung dieser Ziele ist nicht nur durch einen harten Wettbewerbskampf zwischen den beteiligten Unternehmen möglich, sondern sie können unter bestimmten Voraussetzungen auch durch wettbewerbsbeschränkende Zusammenarbeit der Konkurrierenden Unternehmen gefördert werden. Damit erhebt sich die Frage nach der Zulassung solcher Wettbewerbsbeschränkungen, die im Hinblick auf die grundlegenden Vertragsziele nützlich sind, und nach ihrer Abgrenzung von solchen, die es nicht sind. In diesem Bereich liegt die Aufgabe des Art. 85 Abs. 3.

Die in Art. 85 Abs. 3 geforderten positiven Effekte der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter angemessener Beteiligung der Verbraucher stellen die Konkretisierung der allgemeinen Vertragsziele des Art. 2 dar. Sie treten im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 an Stelle der allgemeinen Vertragsziele als unmittelbar relevante wirtschaftspolitische Zwecke in Konkurrenz zum

Wettbewerbsschutzzweck des Art. 85 Abs. 1. Die Aufgabe des Art. 85 Abs. 3 präzisiert sich somit dahingehend, die nützlichen von den schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen abzugrenzen im Hinblick auf diese kollidierenden wirtschaftspolitischen Zwecke: einerseits Schutz des Wettbewerbs, andererseits Verbesserung von Produktion oder Absatz bzw. Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter angemessener Förderung der Verbraucher.

b) Die Lösung der Aufgabe des Art. 85 Abs. 3 mittels der in ihm ausdrücklich vorgeschriebenen Einzelkriterien.

Gemäss Art. 85 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 der VO 17 obliegt die Freistellung der nach Art. 85 Abs. 1 verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen der Kommission. Sie ist jedoch nicht zu freier Entscheidung über die Nützlichkeit und Zulassbarkeit der ihrer Prüfung unterliegenden Wettbewerbsbeschränkungen aufgerufen, sondern hat diese nach den in Art. 85 Abs. 3 enthaltenen Kriterien zu beurteilen. Diese lassen einerseits Raum für Erwägungen, wie sie sich unmittelbar aus der Aufgabe der Nützlichkeits-Schädlichkeitsabgrenzung ergeben, und zwar soweit es sich um die Kriterien "beitragen" und "unerlässlich" handelt. In diesen Bestimmungen wird klargestellt, dass nur solche Wettbewerbsbeschränkungen in Frage kommen, die zu den jeweils verfolgbaren Nutzeffekten in einem objektiven Mittel-Zweckverhältnis der Eignung und Notwendigkeit stehen.[1)]

---

1) Blosse Absicht reicht nicht aus : Gleiss-Hirsch, Art. 85 Rdn. 124; Deringer, WuW EWG-Wettbewerbsrecht Art. 85 Abs. 3 Rdn. 46; Sölter WuW 61, 684.

Einen anderen Charakter hat das Kriterium des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b), wonach eine Freistellung für diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen ausscheidet, die die Möglichkeit der Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs eröffnen. Einmal wird hier das quantitative Beurteilungselement der Ermittlung des Ausmasses der Beeinträchtigung des Wettbewerbsschutzzwecks eingeführt, andererseits wird eine abschliessende Wertung vorgenommen und eine weitere Nützlichkeits-Schädlichkeitsprüfung unterbunden : auf einen noch so grossen Nutzeffekt einer Wettbewerbsbeschränkung wesentlichen Ausmasses im Sinne des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) kommt es nicht an.

Darüber hinaus enthält Art. 85 Abs. 3 keine ausdrückliche Bestimmung einer Einbeziehung des Ausmasses der Förderung bzw. Beeinträchtigung des einen wie des anderen wirtschaftspolitischen Schutzzwecks in die Freistellungsbeurteilung. Steht fest, dass die den Beteiligten auferlegten Beschränkungen unerlässlich sind zur Erreichung eines der Nutzeffekte des Art. 85 Abs. 3 und dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht das Ausmass des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) erreicht, so bleibt daher ein Raum offen, innerhalb dessen Wettbewerbsbeschränkungen zugelassen werden müssten, die nach den Wertungen des Gesetzgebers mehr schädlich als nützlich sind, wenn es auf die ausdrücklichen Bestimmungen des Art. 85 Abs. 3 allein ankäme. Die Möglichkeit derartiger Fälle wird vor allem dadurch eröffnet, dass Art. 85 Abs. 3 im Unterschied zu Art. 65 § 2 Buchstabe b) EGKS-Vertrag -"que cette specialisation ou ces achats ou ces ventes en commun contribueront à une amélioration notable dans la production ou la distribution des produits visés" keinerlei ausdrückliche Anforderungen an das Ausmass des Nutzerfolges stellt, so dass minimale Nutzeffekte zur Rechtfertigung beträchtlicher wenn auch nicht das Ausmass des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) er-

reichender Wettbewerbsbeschränkungen herangezogen werden könnten.

In diesem Bereich zeigt sich eine Diskrepanz zwischen den Anforderungen der Aufgabe einer Nützlichkeits-Schädlichkeitsabgrenzung und der Lösung, wie sie sich aus den ausdrücklich in Art. 85 Abs. 3 vorgeschriebenen Kriterien ergibt. Diese Diskrepanz fällt umso stärker ins Gewicht, als sie der in den übrigen Genehmigungsvoraussetzungen enthaltenen Wertung widerspricht : Das Notwendigkeitserfordernis (Art. 85 Abs. 3 Buchst. a) und das Kriterium des Wettbewerbsausschlusses (Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) zeigen die Bedeutung, die der Vertrag dem Schutz des Wettbewerbs zumisst, sowohl in seinen Auswirkungen unter den Beteiligten, als auch vor allem am Markt. Insbesondere der Wertung des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) - Schutz des Wettbewerbs am Markt notfalls auch unter Verzicht auf bedeutende Nutzeffekte einer Wettbewerbsbeschränkung - würde es widersprechen, wenn Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht die Obergrenze des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) erreichen, immer zulässig wären, ohne dass ihre Marktwirkungen durch entsprechende Nutzeffekte kompensiert würden. Die Überbrückung dieser Diskrepanz erfordert die Ergänzung der in Art. 85 Abs. 3 ausdrücklich genannten Kriterien durch dasjenige des angemessenen Verhältnisses zwischen dem Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung am Markt und dem Ausmass des Nutzeffektes.

2. Die Notwendigkeit des Verhältnismässigkeitskriteriums im Hinblick auf die ordnungspolitische Zwecksetzung der Wettbewerbsbeschränkungsregelung des Art. 85 Abs. 1 und 3 EWG-Vertrag.

Bisher wurde festgestellt, dass die der europäischen Kartellbehörde zufallende Aufgabe der Realisierung wirtschaftspolitischer Zwecke, wie sie im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 relevant sind, durch eine

Nutzen-Schadenabwägung die Zulässigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung verlangt.

Damit richtet sich das Gebot der Verhältnismässigkeit nicht an die Behörde selbst, sondern sie überprüft nur, ob das Handeln wettbewerbsbeschränkender Unternehmen diesem Gebot entspricht. Die bisherige Untersuchung der wirtschaftspolitischen Zwecksetzung ergab also, dass die Behörde, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden, den Verhältnismässigkeitsmaßstab an das Verhalten der Unternehmen legen muss.

Ein zweiter Auslegungsgesichtspunkt ergibt sich aus denjenigen Aufgaben, die nach der Wettbewerbsregelung des EWG-Vertrages unmittelbar den Unternehmern zufallen :

a) Das Wettbewerbsbeschränkungsrecht als Zuständigkeitsordnung.

Die Möglichkeiten der Wirtschaftssteuerung bewegen sich zwischen den beiden extremen Positionen der Zentralverwaltungswirtschaft einerseits und der bedingungslosen Wettbewerbswirtschaft andererseits. Während bei der Zentralverwaltungswirtschaft die Lenkungsimpulse unmittelbar von der staatlichen Verwaltung ausgehen, bleiben sie im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft dem "anonymen Wettbewerbsprœss" vorbehalten, während die staatlichen Eingriffe sich auf die Erhaltung des Wettbewerbs beschränken, so dass die öffentliche Hand nur mittelbar Wirtschaftslenkung betreibt.

Die ordnungspolitisch relevanten Vorschriften des EWG-Vertrages weisen zwar eindeutig auf eine durch Wettbewerb gesteuerte

Marktwirtschaft hin,[1] dennoch stellt die Kartellregelung des EWG-Vertrages nicht eine bedingungslose Entscheidung für das Wettbewerbsprinzip als Ordnungsprinzip der europäischen Wirtschaftsverfassung dar; die Errichtung einer derart weiten Grundlage für Ausnahmen vom Wettbewerbsbeschränkungsverbot, wie sie Art. 85 Abs. 3 darstellt, gibt den Unternehmen die Möglichkeit und Befugnis anstelle des Wettbewerbs regelnd in den Wirtschaftsablauf einzugreifen. Das Wettbewerbsbeschränkungsrecht gewinnt damit den Charakter einer Zuständigkeitsordnung. Mit der Möglichkeit der Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen durch die Wettbewerber werden den Unternehmen Kompetenzen erteilt, wie sie im Rahmen der Wettbewerbsordnung sonst der öffentlichen Hand zustehen : Marktregelungen, Bestimmungen von Preisen für andere, Schaffung allgemeiner Geschäftsbedingungen, die sich vielfach dem Charakter von Rechtsnormen annähern.[2]

b) Die Wahrnehmung von Kompetenzen innerhalb dieser Zuständigkeitsordnung durch die Unternehmen.

Haben die Unternehmen als Wettbewerber die Möglichkeit, durch Beschränkung des Wettbewerbs wirtschaftslenkende Massnahmen vorzunehmen, und werden ihnen auf diese Weise Kompetenzen erteilt, wie sie sonst der öffentlichen Hand zustehen, so spricht alles dafür, an das Verhalten der Unternehmen auch diejenigen

---

1) Vergl. Günther WuW 63, 194 mit einer Erörterung zu den einschlägigen Vorschriften, insbesondere der Art. 2, 3, 110, 29, 37, 46, 48, 54 und zu der zentralen Stellung der Art. 85 ff.

2) Vergl. hierzu die Erörterung bei Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 15, 16, Anmerkungen 14, 15, 16 mit weiteren Beispielen. Zum Charakteristikum der Drittbezogenheit wettbewerbsbeschränkender Verträge und ihrer marktordnenden Wirkung auch : Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung S. 91 ff.

Maßstäbe verantwortlichen Handelns anzulegen, wie sie die öffentliche Hand zu beachten hat.[1] Eine unbeschränkte Berufung auf die Freiheit der Privatautonomie würde der Bedeutung der Kartelleingriffe im Rahmen dieser Zuständigkeitsordnung nicht genügend Rechnung tragen.[2] Dies muss nicht nur für diejenigen Eingriffe in das Wirtschaftsgeschehen gelten, die den Unternehmen durch eine zustandegekommene Kartellierung ermöglicht werden, sondern ebenso bereits für denjenigen Eingriff, der in der Ausserkraftsetzung des Wettbewerbs durch die Wettbewerbsbeschränkung selbst besteht. Denn auch die Wettbewerbsbeschränkung selbst bedeutet bereits die Wahrnehmung einer Kompetenz der Wirtschaftslenkung.

Zum Teil sind daher die Prinzipien des Verwaltungshandelns bereits in den europäischen Verträgen ausdrücklich zum Maßstab wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens gemacht worden, wie der Gesichtspunkt der Notwendigkeit und des Interventionsminimums in Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag; Art. 65 § 2 Buchst. b) EGKS-Vertrag.[3]

---

1) Die Frage der Anwendbarkeit von Regeln, denen die öffentliche Hand unterliegt, auf Privatrechtssubjekte, die eine Position innehaben, wie sie sonst nur der öffentlichen Hand zukommt, stellt sich auch in anderen Bereichen. - Vergl. zur Frage der Grundrechtsdrittwirkung : Nipperdey in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte Bd. IV/2 S. 753. Eine genauere Untersuchung dieser Frage in ihrer generellen Bedeutung kann hier unterbleiben. Für die Frage der Auslegung des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag genügt die Ermittlung der Zweckmässigkeit der Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Hinblick auf die Parallelität der Kompetenzen von öffentlicher Hand und Unternehmen.

2) Vergl. Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, Festschrift für Böhm, S. 113 ff.(135) : Eine Ausnahmeregelung für Marktmächtige setzt statt formeller Ware materielle Gleichheit der Privatrechtssubjekte.

3) Vergl. auch die entsprechenden Vorschriften für die Hohe Behörde Art. 5 EGKS-Vertrag, die Mitgliedstaaten, Art. 73 Abs. 2 EGKS-V.; bezüglich der Eingriffe durch Organe der EWG vergl. Daig in Groeben/Boeckh, Kommentar zum EWG-Vertrag, Vorbemerkung zu Kapitel 2, Gemeinsame Vorschriften für mehrere Organe, 2. Abschnitt I, 4 (S. 172).

Auch soweit darüber hinaus die Beachtung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Nutzen und Schaden eines wettbewerbsbeschränkenden Eingriffs, wie es als Prinzip des Verwaltungshandelns nicht nur in sämtlichen Mitgliedstaaten[1] sondern auch für die Gemeinschaftsorgane gilt,[2] nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, ergibt sich jedoch eben aus der Funktion des Wettbewerbsbeschränkungsrechts, Eingriffszuständigkeiten zu schaffen, ein Auslegungsgesichtspunkt zugunsten des Verhältnismässigkeitsprinzips im Rahmen des Art. 85 Abs. 3.

Gegen den von Deringer vorgenommenen Hinweis auf das allen Mitgliedstaaten gemeinsame verwaltungsrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip als Auslegungsgesichtspunkt zu Art. 85 Abs. 3 wird vorgebracht, der verwaltungsrechtliche Grundsatz wende sich an die öffentliche Hand und könne daher nicht auf Kartellbeteiligte übertragen werden, die ja Privatrechtssubjekte seien.[3] Hier wird verkannt, dass der innere Grund des Notwendigkeits- und Verhältnismässigkeitsprinzips als Kontrollkriterium von Verwaltungseingriffen nicht unmittelbar mit dem hoheitlichen Charakter des handelnden Rechtssubjekts verknüpft ist, sondern mit dem besonderen Charakter der Handlungen : Notwendigkeits- und Verhältnismässigkeitsgesichtspunkt finden sich immer dann als Kriterium der Befugnis zu einer Handlung, wenn diese mit einem Rechtsgüterkonflikt verbunden ist, der in der Durchsetzung eines bestimmten schutzwürdigen Zweckes durch belastenden Eingriff in einen fremden, grundsätzlich ebenfalls schutzwürdigen Rechts- oder Interessenkreis besteht. Notwendigkeits- und Verhältnismässigkeitskriterium finden sich hier unabhängig davon, ob derartige Befugnisse der öffentlichen

---

1) Vergl. Deringer, WuW, EWG-Wettbewerbsrecht Art. 85 Abs. 3, Rdn. 45.

2) Vergl. oben die S. 4 Anm. 2 genannten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

3) Gleiss-Hirsch, EWG-Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 85 Rdn. 131

Hand zustehen - obwohl solche Befugnisse im Verwaltungsbereich am häufigsten vorkommen - oder ob eine solche Befugnis zu einem belastenden Eingriff in einen fremden geschützten Rechtskreis auch einmal einem Privatrechtssubjekt zusteht, wie sich an den Vorschriften der §§ 228, 904 BGB exemplifizieren lässt. Der sich auf die Privatrechtssubjektseigenschaft der wettbewerbsbeschränkenden Unternehmen beziehende Einwand erweist sich damit nicht nur als formal, sondern auch in der des Unterscheidungskriteriums als sachlich unberechtigt. Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen werden als Eingriffe in das Schutzobjekt Wettbewerb zugelassen um bestimmter konkurrierender Nutzeffekte willen. Der innere Grund für die Geltung des Notwendigkeits- und Verhältnismässigkeitsprinzips im Verwaltungsrecht - Lösung von Rechtsgüterkonflikten - besteht also auch bezüglich des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens der Unternehmen im Rahmen des Art. 85 Abs. 3.

Zusammenfassung :

Die Zwecksetzung der Regelung des Art. 85 Abs. 3 erfordert die Beachtlichkeit des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in doppelter Weise : einmal um der Aufgabe der Nutzen-Schadenabwägung im Hinblick auf die in Art. 85 Abs. 1 und 3 relevanten wirtschaftspolitischen Schutzzwecke Genüge zu tun, zum anderen, um der ordnungspolitischen Funktion des Wettbewerbsbeschränkungsrechts im Sinne einer Zuständigkeitsverteilung gerecht zu werden.

3. Die Frage der Einschränkung der Zweckmässigkeitsgesichtspunkte durch rechtspolitische Auslegungsgesichtspunkte.

Die Notwendigkeit der Einschränkung allzu weitgehender Zweckmässigkeitsuntersuchungen des Einzelfalles aus Gründen der Rechtssicherheit, insbesondere aus den Gesichtspunkten der Klarheit, Voraussehbarkeit und Vereinfachung der Rechtsanwendung, durch eine diese Gesichtspunkte berücksichtigende Auslegung wurde oben (S.8 ff.) schon im Grundsätzlichen erörtert.[1] Hier handelt es sich darum, diesen Gesichtspunkten bei der Auslegung des Art. 85 Abs. 3 Rechnung zu tragen, und zu untersuchen, ob sie einen Verzicht auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung zugunsten einer Beschränkung auf die in dieser Vorschrift ausdrücklich genannten Kriterien erfordern.

a) Die extensive Auslegung des Art. 85 Abs. 3 zugunsten wirtschaftspolitischer Zweckmässigkeitserwägungen.

Von französischer Seite wird den Zweckmässigkeitsgesichtspunkten zum Teil eine sehr weitgehende Bedeutung zugemessen und der Kommission der EWG ein dementsprechend grosser Nachprüfungsraum zugebilligt.[2] Blaise geht hierbei soweit, eine Auslegung des Art. 85 Abs. 3 dahingehend zu fordern, dass in jedem Fall möglichst detaillierte Untersuchungen vorgenommen werden müssen. Er hält gerade aus diesem Grunde die Vornahme einer Verhältnismässigkeitsprüfung durch die Kommission für wichtig, da nur sie eine ins Einzelne gehende Untersuchung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung verbunden mit einer

---

1) Vergl. auch zur Rechtssicherheit als Gesetzeszweck für Art. 85 Abs. 3 Vorschlag einer Verordnung über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 EWG-V. auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, Amtsblatt der EWG '4, 1275

2) So P.F.Ryziger, Gaz.Pal. 1963 I, Doct., S.17; Blaise, Le Statut Juridique des Ententes Economiques, S. 394

genauen Studie der Marktbedingungen garantiere. Diese Auffassung stützt sich auf die von der französischen "Commission Technique des Ententes" geübte Praxis, die in sehr detaillierter Weise sämtliche Vor- und Nachteile eines Kartells in einer "Bilanz" gegenüberstellt.[1)]

b) Die einschränkende Auslegung

Eine derart unmittelbare Übernahme der französischen Untersuchungsmethode für das Verfahren der europäischen Kartellbehörde würde allerdings den Gesichtspunkt der Zweckmässigkeitsabwägung in einem Mass überspannen, das im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 nicht zu vertreten wäre. Durch die Fassung dieser Vorschrift wird das Aufstellen einer "Bilanz", die alle denkbaren Vor- und Nachteile des Einzelfalles berücksichtigt, abgeschnitten, so dass die Prüfung insbesondere auch durch die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) in wesentlich engere Bahnen gelenkt wird, als sie der französischen Kartellkommission offenstehen.[2)] Diese Einschränkung der Zweckmässigkeitserwägungen ist aber zunächst nur rein negativer Art insofern, als Zweckmässigkeitserwägungen dort nicht mehr angestellt werden dürfen, wo feststeht, dass eine der Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 nicht erfüllt ist. Sind diese Voraussetzungen jedoch gegeben, so bleiben für Zweckmässigkeitserwägungen dann noch Raum und Aufgabe, wenn sie nicht durch zwingende Erfordernisse der Verfahrensvereinfachung im Sinne der Praktikabilität, der Voraussehbarkeit und Klarheit der Rechtsanwendung zugunsten einer noch weitergehenden einschränkenden Auslegung abgeschnitten werden.

---

1) Blaise, op.cit., S. 373; Plaisant-Lassier AWD 62, 185; Fourré, AWD 63, 327 ff.

2) Vergl. Steindorff AWD 63, 360.

Eine derartige Einschränkung wäre hier dann zu vertreten, wenn sich ergibt, dass die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgesichtspunktes eine zusätzliche Ausweitung und Komplizierung des Beurteilungsverfahrens mit sich bringt, die im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 nicht zu rechtfertigen wäre.

Betrachtet man die an die Feststellung der Notwendigkeit anschliessenden Stufen einer Verhältnismässigkeitsabwägung - Feststellung des Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung, Feststellung der Bedeutung des Nutzeffektes, gegenseitige Abwägung der beiden Grössen - so zeigt sich, dass komplizierte Tatsachenfeststellungen, Vergleiche hypothetischer Abläufe, Wertungen des Marktgeschehens etc., vor allem auf den ersten beiden Stufen der Verhältnismässigkeitsprüfung auftauchen; hat sich die Kartellbehörde einmal Klarheit über die Bedeutung und das Gewicht der Wettbewerbswirkungen und des Nutzeffektes verschafft, so stellt sich die eigentliche gegenseitige Abwägung nur noch als abschliessende einfache Wertung dar. Die Untersuchungen des Bundeskartellamtes zur Feststellung des angemessenen Verhältnisses nach § 5 Abs. 2 und 3 zeichnen sich, wenn sie nicht insgesamt ohnehin sehr knapp gefasst sind, durch intensive Ausführungen über Ausmass und Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und des Rationalisierungserfolges andererseits aus; die eigentliche Feststellung der Verhältnis- bzw. Unverhältnismässigkeit dagegen fällt recht kurz aus. Im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 sind die Untersuchungen bezüglich der miteinander abzuwägenden Elemente weitgehend bereits bei der Prüfung der in Art. 85 Abs. 3 ausdrücklich genannten Voraussetzungen vorzunehmen: Die wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen sind in vollem Umfang im Hinblick auf das Kriterium des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) zu ermitteln. Bezüglich der Nutzeffekte werden die einschlägigen Tatsachen bei der Untersuchung der Tatbestandsmerkmale "beitragen"

und "unerlässlich" erfasst. Es tritt also nur die eigentliche Verhältnismässigkeitsprüfung- d.h. die wertende Abwägung der einzeln bereits festgestellten Elemente - als zusätzlicher Arbeitsaufwand an die Behörde heran, gerade dasjenige Beurteilungselement, das am wenigsten Verfahrensaufwand erfordert. Vom Gesichtspunkt der Vereinfachung des Verfahrens her ist eine Beschränkung der Zweckmässigkeitsbeurteilung durch Verzicht auf die Verhältnismässigkeitsprüfung nicht zu rechtfertigen.

Ein weiterer Gesichtspunkt möglicher Einschränkung der Zweckmässigkeitsabwägung ist derjenige der Voraussehbarkeit und Klarheit der Entscheidung : Mit der Zulässigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung gewinnt die Behörde einen zusätzlichen Wertungsspielraum einmal bezüglich der Bewertung der Bedeutung des Nutzeffektes, zum anderen bezüglich der Abwägung von Wettbewerbsbeschränkung und Nutzeffekt. Das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung hat sie ohnehin schon im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) zu beurteilen.

Soweit es die zusätzliche Bewertung des Ausmasses des Nutzeffektes betrifft, erfährt das Verfahren keine weitere Komplizierung und es werden die Entscheidungen der Behörde nicht unberechenbarer, als es der Gesetzgeber bei der Parallelvorschrift des Art. 65 § 2 Buchst. a) EGKS-Vertrag für vertretbar gehalten hat, wo die Berücksichtigung des Ausmasses des Nutzerfolges ausdrücklich vorgeschrieben ist ("... amélioration notable ...").

Bezüglich der in der eigentlichen Verhältnismässigkeitsabwägung enthaltenen wertenden Entscheidung ergibt sich folgendes : Die Feststellung, ob das Verhältnis des Nutzerfolges zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung angemessen ist oder nicht, wird desto

schwieriger und unberechenbarer je weniger das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung und das des Nutzeffektes auseinanderfallen, je geringer also die Möglichkeit einer überwiegend schädlichen Wettbewerbsbeschränkung ist. Umgekehrt sind gerade die extremen Fälle der Unverhältnismässigkeit leichter zu konstatieren, also gerade die Fälle, für die die Zwecksetzung des Art. 85 Abs. 3 eine Ablehnung der Nichtanwendbarkeitserklärung am dringendsten fordert.

Im Hinblick auf diese letzteren Fälle ist die Auslegung des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag im Sinne der Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht nur von den Gesetzeszwecken her geboten, sondern sie wird auch nicht vom Erfordernis der Voraussehbarkeit und Klarheit der Rechtsanwendung her eingeschränkt. [1)]

Den Erfordernissen der Rechtsicherheit in Grenzfällen durch Verzicht auf eine Verhältnismässigkeitsabwägung des Einzelfalls Rechnung zu tragen bleibt der Praxis der europäischen Kartellbehörde vorbehalten, die im folgenden Kapitel zu untersuchen ist.

Hier ist zusammenfassend festzustellen, dass auch bei einer im Unterschied zum französischen Ansatz einschränkenden Auslegungsweise das Kriterium des angemessenen Verhältnisses zwischen der Wettbewerbsbeschränkung am Markt und ihrem Nutzerfolg Geltung als materielle Zulässigkeitsvoraussetzung von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 behält.

---

1) Im Rahmen des Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag ergibt sich dieser Auslegungsgesichtspunkt nicht, da in § 2 Buchst. a) bereits ein Mindestmass an Nutzeffekt vorgeschrieben ist ("amélioration notable"), andererseits in § 2 Buchst. c) aber das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung eine Hächstgrenze hat, so dass kaum Raum für deutliche Unverhältnismässigkeiten bleibt, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind.

III. Das Verfahren der Kommission bei der Verhältnismässigkeitsprüfung

A) Die Verhältnismässigkeitsprüfung bei Einzelgenehmigungen.

1. Die Einschränkung der Genehmigungsmöglichkeiten als praktische Auswirkungen des Verhältnismässigkeitskriteriums.

Der Raum innerhalb dessen die Kommission eine Verhältnismässigkeitsabwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Nutzeffekt vornehmen darf, wird durch die in Art. 85 Abs. 3 ausdrücklich genannten Merkmale umgrenzt : Wo diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, muss die Freistellungserklärung verweigert werden. Erst, wenn feststeht, dass alle sonstigen Voraussetzungen vorliegen, kann es zur Verhältnismässigkeitsprüfung kommen. Stellt die Kommission dann die Unverhältnismässigkeit fest, so muss sie die Nichtanwendbarkeitserklärung ebenfalls verweigern. Das Verhältnismässigkeitserfordernis hat also die Bedeutung eines zusätzlichen Einschränkungskriteriums, dass nur zur Verweigerung sonst schon möglicher Freistellungen führen kann.[1] Die praktische Bedeutung des Verhältnismässigkeitskriteriums zeigt sich daher erst in den Fällen der Feststellung der Unverhältnismässigkeit.

2. Die Feststellung der Unverhältnismässigkeit durch die Kommission.

a) Die Vermutung der Verhältnismässigkeit als Mittel der Konzentration der Untersuchung auf schwerwiegende Fälle.

Wie oben festgestellt, entspricht es einer ausgewogenen Beachtung der Zweckmässigkeitsgesichtspunkte einerseits und der Rechtssicherheitserfordernisse andererseits, die Unter-

---

1) Vergl. Steindorff AWD 63, S. 360 Rdn. 41

suchungen der Unverhältnismässigkeit auf schwerwiegende Fälle zu beschränken und in Grenzfällen darauf zu verzichten.[1] Eine genaue Abgrenzung zwischen den in Frage kommenden schwerwiegenden Unverhältnismässigkeitsfällen und möglichen Grenzfällen lässt sich im vorhinein nicht festlegen,da es auch hier auf die von der Kartellbehörde vorzunehmenden Wertungen ankommt. Immerhin lässt sich aber schon durch eine entsprechende Abstimmung des Verfahrens eine gewisse Konzentration auf schwerwiegendere Fälle erreichen. Es bietet sich hier als Lösungsmöglichkeit an eine Parallele zur Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes bei der Beurteilung von Spezialisierungskartellen nach § 5 Abs. 3 alter Fassung GWB : Der für die Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag zur Verfügung stehende Bereich ist ähnlich demjenigen, wie er für die Prüfung des angemessenen Verhältnisses bei Spezialisierungskartellen im Rahmen von § 5 Abs. 2 GWB alter Fassung vorlag. Hier wurde ebenfalls vor der Verhältnismässigkeitsabwägung das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung schon untersucht bei der Frage, ob ein Ausschluss des Wettbewerbs am Markte stattfand, so dass es ebenso wie bei Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) auf ein angemessenes Verhältnis bei Erreichen einer bestimmten Obergrenze von Wettbewerbsausschluss nicht mehr ankam.

Zur Erleichterung und Beschleunigung des Erlaubnisverfahrens für Spezialisierungskartelle erliess das Bundeskartellamt in seiner Bekanntmachung Nr. 49/63 vom 31. 7.1963[2] Verwaltungsgrundsätze, in denen es feststellte, dass Spezialisierungskartelle als dem ersten Anschein nach (prima facie) geeignet angesehen werden, "die Lei-

---

1) oben S. 158

2) WuW 63, S. 800

stungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung wesentlich zu heben und dadurch die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern", und dass weiterhin der Rationalisierungserfolg dem ersten Anschein nach als in angemessenem Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehend angesehen wird, "soweit die Regelung nicht dazu führt, dass beteiligte Unternehmen für die von der Spezialisierung betroffene Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 Abs. 1 oder 2 GWB in einem nicht nur örtlich begrenzten Gebiet erlangen oder verstärken". Das Bundeskartellamt hat in diesen Verwaltungsgrundsätzen eine "prima facie"-Vermutung des angemessenen Verhältnisses zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierungserfolg aufgestellt, zu deren Widerlegung es besonderer Anhaltspunkte bedarf. Die Abhängigkeit der gesamten Vermutung von der Nichterreichung einer marktbeherrschenden Stellung durch eines der beteiligten Unternehmen bewirkt nur, dass dieser Gesichtspunkt im Unterschied zu anderen die Vermutung widerlegenden Anhaltspunkten in jedem Einzelfall zu untersuchen ist.

Die Entwicklung einer ähnlichen Verwaltungspraxis durch die Kommission würde nicht nur eine Erleichterung und Beschleunigung des Verfahrens bewirken, sondern auch die aus den oben genannten Gründen notwendige Konzentration der Unverhältnismässigkeitseingriffe auf schwerwiegendere Fälle. Die Vermutung würde an die Erfüllung der sonstigen Tatbestandsmerkmale des Art. 85 Abs. 3 anknüpfen. Es müssten für eine besondere Nachprüfbarkeit des angemessenen Verhältnisses im Einzelfall Anhaltspunkte vorliegen, die die "prima facie"-Vermutung der Verhältnismässigkeit ausser Kraft zu setzen

geeignet sind. Hier kommt es vor allem auf die Auswahl derjenigen Anhaltspunkte an, die die Kommission als Widerlegung einer derartigen Verhältnismässigkeitsvermutung anerkennen will, und bei deren Vorliegen sie eine Untersuchung der Unverhältnismässigkeit vornimmt.

b) Anhaltspunkte für die Unverhältnismässigkeitsprüfung

Es ist nicht Aufgabe dieser Erörterung, die Kommission im Einzelnen auf bestimmte Anhaltspunkte und auf bestimmte Fallkonstellationen festzulegen, bei denen sie die Unverhältnismässigkeit als indiziert zu betrachten hat. Das Verhältnismässigkeitskriterium soll gerade die Möglichkeit der Behörde zu wettbewerbspolitischen Entscheidungen im Rahmen des Verfahrens nach Art. 85 Abs. 3 erweitern.[1] Immerhin lassen sich generelle Leitlinien für die Beurteilung der in Frage kommenden Fälle aufstellen.

Indizien der Unverhältnismässigkeit sind einmal auf der Seite der Wettbewerbsbeschränkung zu finden :
Sind hier einerseits die Möglichkeiten besonders gewichtiger Wettbewerbsbeschränkungen bereits durch die Unzulässigkeit von Wettbewerbsausschlüssen für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren nach Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) EWG-Vertrag begrenzt, so kann andererseits, selbst wenn ein Wettbewerb des dort geforderten Ausmasses bestehen bleibt, die Wettbewerbsbeschränkung noch beachtlich sein : Schaffung von Kartellen oder Alleinvertriebsstellungen mit starkem Marktanteil, Schaffung der Möglichkeit zu fühlbarer Marktbeeinflussung. Für das hier in Frage stehende Ausmass an Marktwirkung kommt es im besonderen darauf an, wie das Merkmal der Eröffnung von Möglich-

1) Vergl. zu dieser Frage die Erörterung bezüglich des deutschen Kartellrechts oben S. 111

keiten "für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten" ausgelegt wird. Bei entsprechend elastischer Auslegung hat die Kommission bereits im Rahmen dieses Kriteriums einen so grossen Spielraum für Tatsachenwürdigungen und Wertentscheidungen, dass sie im Einzelfall zu zweckentsprechenden Ergebnissen kommen kann, ohne eine besondere Verhältnismässigkeitsprüfung anzustellen.[1] Wird dergestalt eine zweckmässige, d.h. unverhältnismässig grosse Wettbewerbsbeschränkungen unterbindende Entscheidung herbeigeführt, so handelt es sich letztlich nur um einen Verzicht auf eine formell eingeständige Verhältnismässigkeitsprüfung. Gründe der Klarheit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung sprechen aber dafür, dass die einzelnen Gesichtspunkte getrennt untersucht werden und so auf eine im Einzelfall schwankende Anwendung der einzelnen Kriterien des Art. 85 Abs. 3 durch allzu elastische Auslegung verzichtet wird.

Dementsprechend ist eine engere Auslegung der Bestimmung des Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) gerechtfertigt, in dem Sinne, dass sie nur marktbeherrschende Vereinbarungen erfassen soll,[2] dass dagegen sonstige Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen mit Markteinfluss nicht mehr nach Art. 85 Abs. 3 Buchst. b) EWG-Vertrag bereits als solche unzulässig sind, wohl aber immerhin ein Indiz für die Notwendigkeit der Vornahme einer Verhältnismässigkeitsprüfung sind. Eine genaue Fixierung des Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung, etwa nach Prozentsätzen des Kartellmarktanteils lässt sich für die hier in Frage kommenden Fälle nicht einheitlich vornehmen, es handelt sich um

---

1) So sind wohl auch Gleiss-Hirsch, EWG-Kartellrecht, Art. 85 Rdn. 131 zu verstehen, die gegen das Verhältnismässigkeitskriterium als Zweckmässigkeitserfordernis der Nützlichkeits-Schädlichkeitsabgrenzung argumentieren, die volkswirtschaftlichen Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung, also die Marktwirkungen, seien nur bei der Frage der Möglichkeit der Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs zu untersuchen.

2) Zu dieser Frage Deringer, WuW, EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 Rdn. 49.

wirtschaftspolitische Wertungen, die in jedem Einzelfall von verschiedenen Grössen abhängen [1] und die ebenso wie die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nicht nach absoluten Maßstäben zu treffen sind. [2]

Auf der Seite der Nutzeffekte ergeben sich Indizien für die Notwendigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung ebenfalls nur entsprechend den Wertungen, die die Kommission bezüglich der Bedeutung des Nutzeffektes trifft. Auch hier lassen sich aber gewisse Intensitätsstufen unterscheiden, deren Erreichung bzw. Nichterreichung die Vermutung der Verhältnismässigkeit ausser Kraft setzt. Gleiss-Hirsch [3] und Deringer [4] unterscheiden bei der Auslegung der Merkmale "Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung" und "Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts" zwischen unerheblichen und erheblichen positiven Wirkungen der Vereinbarungen, wovon nur letztere als "Verbesserung" bzw. "Förderung" zu bewerten sein sollen. Angesichts der Tatsache, dass ein derartiges "quantitatives" Erfordernis nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, erscheint diese Auslegung als Versuch durch elastische Anwendung der Kriterien des Art. 85 Abs. 3 grob zweckwidrige Entscheidungen zu vermeiden. Aus Gründen der Klarheit der Rechtsanwendung erscheint es auch hier jedoch richtiger, derartige Erwägungen im Rahmen des Verhältnismässigkeitskriteriums anzustellen. Unerheblich-keit der

---

1) Vergl. bezüglich der hierbei zu beachtenden Elemente oben S.

2) Vergl. Deringer WuW, EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 Rdn. 25 U.S. v. du Pont de Nemours 118, F. Supp. 41, 796 D. Del. 1953 : "Monopoly power can be distinguished from the normal freedom of business only in degree. Nothing except death is an absolute."

3) EWG-Kartellrecht, Art. 85 Rdn. 123

"Verbesserungen" und "Förderungen" würde hier als besonders starkes Unverhältnismässigkeitsindiz anzusehen sein. Immerhin wäre aber bei nur minimaler Wettbewerbsbeschränkung auch noch eine Rechtfertigung durch derart geringe Nutzeffekte möglich.

Art. 65 § 2 Buchst. a) EGKS-Vertrag fordert, dass die Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung von Kohle und Stahl "merklich" (notable) sein muss. Ähnlich wie bei dem Merkmal der "wesentlichen" Verbesserung [1] in § 5 Abs. 2 GWB handelt es sich hier um eine Anforderung an das Ausmass des Gesamtnutzeffektes der Wettbewerbsbeschränkung, die sowohl mehr als "nicht ganz unerheblich" bedeutet, als auch die gesetzgeberische Erwartung eines gewissen Normalmasses an Nutzeffekt zum Ausdruck bringt. Wenn Art. 85 Abs. 3 dieses Erfordernis auch nicht zur Zulässigkeitsvoraussetzung erhebt, so lässt sich doch die Nichterreichung eines als "merklich" oder "wesentlich" zu bezeichnenden Ausmasses an Nutzeffekt als Anlass für die Verhältnismässigkeitsprüfung betrachten.

Zusammenfassend lässt sich folgendes feststellen :
Das Zusammenwirken von Zweckmässigkeits- und Rechtssicherheitsgründen verlangt es, dass Verhältnismässigkeitsprüfungen der Kommission auf schwerwiegende Fälle beschränkt werden. Die Abgrenzung dieser Fälle beruht letztlich auf wertenden Entscheidungen der Kommission. Eine Anpassung des Verfahrens durch Aufstellung einer Verhältnismässigkeitsvermutung für Wettbewerbsbeschränkungen, die die sonstigen Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 GWB erfüllen, erleichtert jedoch die Konzentration auf schwerwiegende Fälle. Besondere Anhaltspunkte, die diese Vermutung widerlegen und die Ver-

1) Zur Gleichsetzung von "wesentlich" und "merklich" BKartA, Beschluss vom 27.10.1959, Steinzeug, WuW/E 79 (86).

hältnismässigkeitsprüfung eröffnen, ergeben sich sowohl auf der Seite der Wettbewerbsbeschränkung, als auch auf der Seite der Nutzeffekte schon bei der Prüfung der sonstigen Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag. Eine Festlegung der Kommission auf bestimmte Fallgestaltungen ist nicht möglich, da die Kommission sich gerade im Bereich der Verhältnismässigkeitsprüfung in einem Beurteilungsspielraum wirtschaftspolitisch wertender Entscheidungen bewegt.

B) Die Verhältnismässigkeitsprüfung bei Gruppenfreistellungen.

Art. 85 Abs. 3 gewährt die Möglichkeit der Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nicht nur für Einzelfälle, sondern auch für ganze "Gruppen". Gruppenfreistellungen erfolgen durch Verordnung der Kommission nach Ermächtigung des Ministerrates.[1)]

Eine derartige Verordnung definiert bestimmte abstrakte Tatbestände, die derart eng und präzise gefasst sind, dass zu erwarten ist, die davon erfasste unbestimmte Zahl von einzelnen Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen werde in aller Regel die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 erfüllen. Dies ist die Lösung,

---

1) Die bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt vorliegenden Beschlüsse :
Vorschlag einer Verordnung über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Amtsbl. der EG 1964, 1275;
Verordnung Nr. 19/65 EWG des Rates über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Amtsbl. 1965, 533;
Verordnung Nr. 67/67 EWG der Kommission über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Ausschliesslichkeitsvereinbarungen, Amtsbl. vom 25.3.1967, 849

wie sie in den vorliegenden Verordnungen gewählt wurde.[1]

1. Erlass der Freistellungsverordnung.

Das Verhältnismässigkeitskriterium ist als Zulässigkeitsvoraussetzung nach Art. 85 Abs. 3 zunächst einmal bei Erlass der Gruppenfreistellungsverordnung zu beachten. Es dürfen also nur derartige Freistellungstatbestände geschaffen werden, die es erwarten lassen, dass die von ihnen erfassten Einzelfälle von Wettbewerbsbeschränkungen in aller Regel auch ein angemessenes Verhältnis zwischen Beeinträchtigung des Wettbewerbs und Nutzeffekt aufweisen. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis, dass die Verordnung sich an den Freistellungsvoraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 auszurichten hat um rechtswirksam zu sein. Wird es nicht beachtet, so erfüllt die Verordnung nicht die Voraussetzungen der zu ihrer Setzung ermächtigenden Norm und ist von den Gerichten für unanwendbar zu erklären.[2]

---

1) Vergl. VO 67/67 der Kommission - Motive : "In der Erwägung, dass die bis zur Gegenwart auf der Grundlage von Einzelentscheidungen erworbene Erfahrung es erlaubt, eine erste Gruppe von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zu umreissen, bei denen man annehmen kann, dass sie normalerweise die in Art. 85 Abs. 3 vorgesehenen Bedingungen erfüllen..."

Zu den mit dieser Lösung verbundenen Nachteilen des Ausschlusses vieler wichtiger Vereinbarungen von der Gruppenfreistellung : Steindorff, - Rechtsschutz und Verfahren im Recht der europäischen Gemeinschaften, 1964, S. 77 ff. - mit dem Vorschlag statt Freistellung ausgewählter Vereinbarungen eine Verordnung zu erlassen, die einfach den Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 wiederholt und die Arbeit der Kommission anstelle vorheriger Einzelfreistellung auf Verfolgung unzulässiger Missbrauchseingriffe beschränkt.

2) Steindorff, op.cit., S. 74, 78

2. Kontrollmöglichkeiten für Einzelfälle

Wird die Verordnung zwar den Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 insofern gerecht, als sie ihre Erfüllung durch die genehmigten Wettbewerbsbeschränkungen für den Regelfall erwarten lassen, so bleibt dennoch die Möglichkeit von Ausnahmefällen bestehen, bei denen zwar die Merkmale der Gruppe auf die Vereinbarung zutreffen, es sich aber bei näherer Prüfung herausstellt, dass sie wegen besonderer Umstände nicht nach Art. 85 Abs. 3 freigestellt werden können. Die Aufgabe der Unterbindung derartiger Ausnahmefälle generell freigestellter Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht in angemessenem Verhältnis zu ihrem Nutzeffekt stehen, stellt sich hier in derselben Weise, wie die Aufgabe der Unterbindung von Wettbewerbsbeschränkungen, die sonstige Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 nicht erfüllen. Dieser Aufgabe hat der Ministerrat in seiner Ermächtigungsverordnung Nr. 19/65 Rechnung getragen. Art. 7 sieht vor, dass die Kommission im Einzelfall die Vorteile der Gruppenfreistellung entziehen und eine individuelle Entscheidung nach Art. 6 und 8 der Verordnung Nr. 17 treffen kann, wenn die betreffende Vereinbarung Wirkungen hat, die mit den in Art. 85 Abs. 3 genannten Voraussetzungen nicht vereinbar sind.[1)]

Es bleibt hier also eine der Missbrauchskontrolle im GWB entsprechende Kontrollmöglichkeit des Einzelfalles garantiert.[2)] Die Möglichkeit einzelner Ausnahmefälle, die nicht den Voraussetzungen des Art. 85

---

1) Angesichts der Tatsache, dass die Gruppenfreistellung nur solche Wettbewerbsbeschränkungen erfassen darf, die die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 erfüllen, hätte es allerdings einer Verpflichtung der Kommission zum Einschreiten in Ausnahmefällen, statt einer reinen Ermächtigung bedurft. Vergl. Steindorff, op.cit. S. 75

2) Zu den Eingriffsmöglichkeiten im Einzelnen : Deringer NJW 65, 1105

Abs. 3 entsprechen, wird sich auch bei jeder anderen Gruppenfreistellung ergeben, so dass auch bei späteren Verordnungen eine dem Art. 7 VO 19/65 entsprechende Vorschrift notwendig sein wird, die für diese Ausnahmefälle die individuelle Nachprüfbarkeit sichert. Auf diese Weise bleibt auch bei Gruppenfreistellungen das Verhältnismässigkeitserfordernis nachprüfbar und durchsetzbar.

LEBENSLAUF

Meine Eltern sind Günther Graf von Stosch und seine Frau Walpurgis, geb. v. Trotha. Ich wurde am 31.5.1941 in Bottrop/Westf. geboren.

Von Oster 1947 an besuchte ich die Volksschule in Nordsehl und Enzen (Niedersachsen) und zuletzt in Essen/Ruhr. Dort besuchte ich von 1951 bis Ostern 1960 das humanistische staatl. Burggymnasium. Ein Jahr verbrachte ich vom Juli 1958 bis Juli 1959 als Austauschschüler in den Vereinigten Staaten, wo ich die letzte Klasse der High School in Franklin, Pa. besuchte.

Nach dem Abitur, Ostern 1960, studierte ich an der Universität München Rechtswissenschaften. Am 17. Juli 1964 bestand ich das erste Juristische Staatsexamen. Vom 5. Oktober 1964 bis zum 4. Juni 1965 studierte ich am Europakolleg in Brügge das Recht der Europäischen Gemeinschaften.

Seit 1. August 1965 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar beim Freistaat Bayern.

Rüdiger Graf von Stosch